Die Veräußerung einer vermieteten Sache in rechtsvergleichender Darstellung nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht

nebst einer einführenden Gegenüberstellung mietrechtlicher Grundbegriffe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät

der Albrecht-Ludwigs-Universität

zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Hans Heinrich Blum

Referendar in Berlin

1933

Dissertationsdruckerei und -Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Referent:
Professor Dr. A. B. Schwarz.

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau gestattet die Drucklegung der vorliegenden Arbeit, ohne damit zu den darin vertretenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Tag des mündlichen Examens: 27. Februar 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN.

Inhaltsübersicht.

Seite

Erster Teil:

Einführung. Quellen. Mietrechtliche Grundbegriffe, grundsätzliche Einstellung der Rechte; Terminologie . . . . . 1—18

A) Quellen 1

B) Grundbegriffe, grundsätzliche Einstellung der Rechte . . . . 1—18

§ 1. Der Mietvertrag . . . . . 1—9

I. Begriffliches: Trennung von Sach-, Dienst- und Werkmiete in den neueren Gesetzgebungen im Gegensatz zum römischen Recht. — Miete und Pacht . . . . . 1—3

II. Das Wesen der Miete: Die behandelten Rechte lassen übereinstimmend 5 Wesensmerkmale hervortreten: . . . . . 3—8

1) Die Miete ist ein gegenseitiger Vertrag; 3—4

2) sie bezieht sich auf Sachen; . . . . . 4—5

3) sie gewährt den Gebrauch; . . . . . 5—6

4) sie ist zeitlich beschränkt; . . . . . 6—7

5) sie erfolgt entgeltlich; . . . . . 7—8

III. Grundsätzliches zur Form des Mietvertrages . . . . 8—9

§ 2. Die Veräußerung . . . . . 9—18

I. Dem vermietenden Eigentümer bleibt die Veräußerung nach allen 4 Rechten unbenommen; keine Verfügungsbeschränkung zugunsten des Mieters für die Dauer des Mietverhältnisses. Das Schutzbedürfnis des Mieters wird aber allenthalben anerkannt; Art und Umfang des Schutzes sind bedingt durch die grundsätzliche Einstellung der Rechte zu dem Satz: „Kauf bricht (bricht nicht) Miete.“ . . . . . 9 - 18

1) Terminologisches zu diesem Satz . . . . . 10—11

2) Möglichkeiten der Verwirklichung des Mieterschutzes 11

3) Das Schutzbedürfnis des Mobiliarmieters im besonderen . . . . . 11—12

II. 1) Zum Begriff der Veräußerung (Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäft; Veräußerung und Verfügung) . . . . . 12—14

a) das deutsche, schweizerische und österreichische Recht; . . . . . 12—13

b) das französische Recht; . . . . . 13—14

2) Maßgebend bleibt stets der Eigentumsübergang . . 14

III. Der gewährte Schutz . . . . . 14—18

1) Allgemeines. Formen: Eintritt, Miteintritt, bloße

Seite

Duldungspflicht des Erwerbers hinsichtlich des Mietvertrages 14–15
2) Die grundlegenden Gesetzesbestimmungen . . . 15—18
a) Deutschland: § 571 dBGB 15
b) Frankreich: Art. 1743 C. c. 15–16
c) Österreich und Schweiz :Art. 239, 260 OR; §§ 1120, 1095 ABGB . . . . . 16—18

Zweiter Teil:

Die Veräußerung der vermieteten Sache als Einzeltatbestand . . 19—89

§ 3. Veräußerung unbeweglicher vermieteter Sachen . . . . 19—80

I. Voraussetzungen . . . . . 19—32
1) Vorliegen einer wirksamen Veräußerung (die Veräußerung im einzelnen): Freiwillige und unfreiwillige Veräußerung; zur Frage des Grundgeschäfts . 19—26
2) Zum Erfordernis der Publizität der Mietverträge; Publizitätsmittel unter besonderer Berücksichtigung des französischen Rechts . . . . . 26—32

II. Hauptwirkung der Schutzbestimmungen, juristische Konstruktion; Wirkungen im einzelnen . . . . . 33—80
1) Typischer Zweck; Hauptwirkung in den einzelnen Rechten . . . . . 33—45
a) Deutschland: Der Erwerber wird alleiniger Vertragspartner . . . . . 33—34
b) Frankreich: Rein negative Fassung des C.c. Die Rechtslehre und die Judikatur zeigen eine deutliche Angleichung an das deutsche Recht . . . 34—36
c) Österreich und Schweiz . . . . . 36—45
α) Die Gesetzesbestimmungen geben ihrem Wortlaut nach keine zwingende Lösung (gewisse / terminologische / Ausnahme: Art. 259, II Satzteil 2) . . . . . 36—37
β) I. Die österreichische Rechtslehre und Rechtsprechung haben die Eintrittsidee des deutschen Rechts zur Durchführung gebracht . . . . . 37—41
II. Die schweizerische Doktrin und Judikatur zeigen keine völlig einheitliche Auffassung; Neigung, für die Fälle der Art. 259, I; 259, II; 260 verschieden zu entscheiden 41 - 45
2) Die juristische Konstruktion der Schutzbestimmungen 45–62
a) Dinglichkeitstheorien . . . . . 45—54
α) Versuche, die Miete als dingliches Recht aufzufassen, im deutschen Recht (Cosack, Fuchs; Löning) . . . . . 45—46
β) Der gleiche Vorgang im Bereiche des französischen Rechts (Hauptvertreter der Dinglichkeitstheorie: Troplong) . . . . . 46—48

Seite

γ) Streit um den rechtlichen Charakter der Miete auch in Österreich und in der Schweiz; indessen wird er dort nicht geführt um der Konstruktion des „Eintritts" willen, sondern im besonderen Zusammenhang mit der Möglichkeit der Eintragung der Miete ins Grundbuch . . . . . 48—51

δ) Ablehnung der Dinglichkeitstheorie für das deutsche und französische Recht auf Grund einer kurzen Entwicklung über das Wesen des absoluten Rechts . . . . . 51—54

b) Auszugehen ist demnach vom (grundsätzlich) obligatorischen Charakter des Mietrechts in allen 4 Rechten. — Frage der sonstigen Konstruktion des „Eintritts" des Erwerbers . . . . . 54—62

α) Zahlreiche Konstruktionen im deutschen, französischen und österreichischen Recht . . 54—60

I. Deutschland: Bejahung der (wohl herrschenden) Lehre von der rechtlichen Anomalie (Ennecc.) . . . . . 54—56

II. Frankreich: Mehrfache, mit der deutschen Rechtslehre in Parallele zu setzende Konstruktionsversuche, die aber nicht völlig durchgeführt sind; Versuch des Nachweises einer Angleichung an die deutsche Auffassung von der rechtlichen Anomalie . . . . . 56—59

III. Dies gilt auch für Österreich . . . . . 59—60

β) Das schweizerische Recht bietet geringere Schwierigkeiten, da der Eintritt im Sinne des deutschen Rechts für seinen Bereich geleugnet wird; die gesetzlich angeordneten Folgen (sog. Überbindung) lassen sich mit bekannten Rechtsformen (Zession, Schuldübernahme etc.) erklären . . . . . 60—62

3) Wirkungen der Schutzbestimmungen im einzelnen 62—80

a) Umfang im allgemeinen . . . . . 62—69

α) Der Rechte- und Pflichtenkreis des Erwerbers ergibt sich aus dem alten Mietverhältnis 62—65

β) Änderungen und Zusätze nach Vertragsabschluß . . . . . 65—68

γ) de lege ferenda empfehlenswerte Besonderheiten des deutschen Rechts . . . . . 68—69

b) Einzelfragen: . . . . . 69—80

α) Die Frage des Mietzinses . . . . . 69—76

β) Das Sicherungsrecht (Pfandrecht) des Vermieters . . . . . 76—80

§ 4. Die Veräußerung beweglicher vermieteter Sachen . . . 80—89

I. Nach deutschem, österreichischem und schweizerischem Recht . . . . . 80—87

II. nach französischem Recht . . . . . 87—89

Literaturverzeichnis.

I. Deutsches Recht.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerl. Rechtes. Bd. II, 2 (7./8. Aufl.) 1924.

Crome: Die juristische Natur der Miete nach dem Deutschen Bürgerl. Gesetzbuch in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bgl. Rechts 37. Bd., S. 1 ff. Jena 1897.

— System des bürgerlichen Rechts. Bd. II, Tübingen 1902, u. Bd. III, Tübingen 1905.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl. 1903—1920.

Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erster Band, erste Abteilung: Einleitung: Allgemeiner Teil von Dr. Ludwig Enneccerus. 12. Bearbeitung. 30./34. Aufl. Marburg 1928 (zitiert: Ennecc. I, 1). Erster Band, zweite Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse von Dr. Ludwig Enneccerus. 10. Bearbeitung. 28./30. Aufl. Marburg 1928 (zitiert: Ennecc. I, 2).
Zweiter Band, erste Abteilung: Das Sachenrecht von Martin Wolff. 7. Bearbeitung. Marburg 1927 (zitiert: Wolff).

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse von Ludwig Enneccerus. 12. Bearbeitung (völlige Neubearbeitung) von Heinrich Lehmann. Marburg 1932 (zitiert: Ennecc.-Lehmann). Dritter Band: Das Sachenrecht von Dr. Martin Wolff. 9. Bearbeitung. Marburg 1932 (zitiert: Wolff; n. Aufl.). Soweit sie benutzt worden sind, finden sich diese Auflagen besonders zitiert.

Fuchs: Dinglichkeit von Miete und Pacht in Gruchots Beiträgen, Bd. 46 (1902) S. 840.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht. 3. Bd., Schuldrecht in Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft II, 3. III. München und Leipzig 1917.

Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 6. u. 7. Aufl. I. Bd. Berlin und Leipzig 1931.

Kisch: Grundriß des deutschen Konkursrechtes. 4. u. 5. Aufl. Berlin 1927.

Löning: Die Grundstücksmiete als dingliches Recht. Jena 1930.

Mitteis: Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Recht.

Mittelstein: Die Miete. 4. Aufl. 1932.

Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1928.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd., 2. Hälfte. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1923/28.

Romeick: Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1901.

Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1. u. 2. Aufl.

Siber: Das Pfandrecht des Vermieters. 1900.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl.
2. Bd., 1. Teil. Berlin u. Leipzig 1930.
2. Bd., 2. Teil. Berlin u. Leipzig 1929.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1910.
Wolff: Sachenrecht s. Enneccerus-Kipp-Wolff.

II. Französisches Recht.

Aubry et Rau: Cours de droit civil français. Quatrième édition, 1869 — 1876; cinquième édition. 1922.

(Baudry-Lacantinerie)-Wahl: Traité théorie et pratique de Droit Civil. Du contrat du louage. Troisième Edition. Tome I. Paris 1906.

Baudry-Lacantinerie: Précis de Droit Civil. Tome II. Treizième Edition par Paul Guyot 1925.

Bourdeaux: Code de Procédure Civile (Petit Collection Dalloz). 27. Edition. Paris 1929.

Capitant: De la Cause des Obligations. Paris 1923.

Colin-Capitant: Cours élémentaire de Droit Civil Français. Tome 1; Septième Edition. Tome II; Sixième Edition. Paris 1931.

Demante: Cours analytique de Code civil continué depuis l'art. 980 par E. Colmet de Santerre. Tome septième. Deuxième Edition. Traités de la vente et du louage. Paris 1888 (zit.: C. d. Santerre).

Dernburg: Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Prozeßrechts. Frankfurt 1849.

Fischer: Soll Kauf Pacht und Miete brechen. 2. Ausgabe. Berlin 1889.

Guillouard: Traité du contrat de louage. Tome I. Troisième Edition. Paris 1891.

Huc: Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil. Tome X. Paris 1897.

Laurent: Principes de Droit Civil. Tome XXV; Tome XXIX. Cinquième Edition. Paris-Bruxelles 1893.

Locré: La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des Codes Français. Tome quatorzième. Paris 1828.

Loïsel: Institutes coustumières ou manuel de plusieurs et diverses Règles, Sentences et Proverbes. III, titre VI. Paris MDC. LXV.

Périer: De la règle "Louage passe vente". Thèse. Montpellier. Paris 1900.

Planiol: Traité élémentaire de Droit Civil. Tome I; Tome II. Neuvième Edition. Paris 1923.

Planiol-Ripert: Traité pratique de Droit Civil Français. Tome X. Contrats civils; première partie. Paris 1932. Tome VI. Obligations; première partie. Paris 1930.

Seng: Die Sachmiete nach dem Code civil. Habilitationsschrift. Lahr 1887.

Troplong: Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De l'échange et du louoge. Tome I—III. Paris 1840.

Valéry: Du louage des meubles. Annales de droit commercial. 9. 1895. p. 27s., 80s.

Zachariae von Lingenthal: Handbuch des Französischen Civilrechts bearbeitet von Dr. C. Crome. Bd. I—IV. 8. Aufl., Freiburg 1894/95 (zit.: Zachariae-Crome).

III. Österreichisches Recht.

Demelius: Der verbücherte Mietvertrag im österreichischen Zentralblatt für die Jur.Praxis. 38. Bd. (1920). S. 201 ff.

— in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik 72, 241.

Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (früher Krainz-Pfaff-Ehrenzweig). 2. Aufl., Wien 1928.

Klang: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Wien 1927.

— Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte im Zentralblatt für Jur.Praxis, 44. Bd. (1926). S. 324 ff.

Krainz: Das leitende Prinzip der bürgerlichen Rechte in der Gerichtszeitung von 1869. Nr. 26; Nr. 28—31.

Krasnapolski: Österreichisches Obligationsrecht herausgegeben von Kaffka. Wien 1910.

Mayr: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Bd. I, 2. Buch: Sachenrecht.
Bd. II, 3. Buch: Recht der Schuldverhältnisse. Reichenberg 1922.

Ohmeyer: in den Juristischen Blättern 1924, Nr. 11 u. 12.

Partsch-Pollak: Konkurs-, Ausgleichs-- Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung. 2. Aufl. Wien 1927.

Pfersche: Grundriß des Sachenrechts. 1911.

Randa: Besitz, 2. Aufl. Leipzig 1876.

Schuster von Bonnot: Grundriß des Obligationenrechtes. 1914.

v. Schey: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. 20. Aufl. Wien 1916.

v. Schwind: Kauf bricht Miete. Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911). II. S. 931 ff.

Swoboda: in den Juristischen Blättern 1924, Nr. 7 u. 8.

Unger: System des österreichischen Privatrechts. Bd. I, 2. Aufl. 1871.

Weiske: in der Gerichtszeitung von 1857 (96), S. 381 ff.

IV. Schweizerisches Recht.

Becker: Das Obligationenrecht. II. Abt. Bern 1922.

Beetschen: Der Grundsatz „Kauf bricht Miete" im schweizerischen Recht. Dissertation (Zürich), Brugg 1925.

Fick: Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. 3. 1911. 1. Aufl. Zürich 1915.

Gmür: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. VI, Obligationenrecht. II. Abt., 1. Lieferung. Art. 184—311. Bern 1922.

Guhl: Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung. In der Festgabe der Juristischen Fakultät Bern für das schweizerische Bundesgericht.

Haab: Das Sachenrecht. Zweite umg. Auflage; dritte Lieferung (IV. Band des von Egger, Escher, Haab, Oser und Schönenberger herausgegebenen Kommentars zum Schweiz. Zivilgesetzbuch). Zürich 1931.

Hafner: Das schweizerische Obligationenrecht. 2. Aufl., Zürich 1905.

Herrschsohn: Die Kündigung im schweizerischen Obligationenrecht. Dissertation. Zürich 1925.

Heuberger: Die Sachmiete im schweizerischen Obligationenrecht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zürich 1889.

Huber: Zum schweizerischen Sachenrecht. 3 Vorträge mit Anmerkungen in den Abhandlungen zum schweizerischen Recht herausgegeben von Gmür. Bern 1914.

Jäger: Das Bundesgesetz betr. Schuldbeitreibung und Konkurs. 3. Aufl. Zürich 1911.

Leder: Das Mietverhältnis bei Miteigentum an der unbeweglichen Mietsache. Dissertation. Zürich 1924.

Oser: Das Obligationenrecht. 2. umgearbeitete Aufl. herausgegeben von Dr. W. Schönenberger. 12. Lieferung. II. Halbband. 3. Lieferung. (V. Bd. des von Egger, Escher, Haab und Oser herausgegebenen Kommentars zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch). Zürich 1931.

Scheidegger: Grundbuchvormerkungen im schweizerischen Zivilgesetzbuch. Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 25. Bd. (N.F. 28. Bd.). 1909. S. 111ff.

v. Tuhr: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. I. Halbband, Tübingen 1924.

Tuor: Das neue Recht. Eine Einführung in das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich 1912.

Ostertag: Sachenrecht. Bd. IV. 3. Abt. des Kommentars zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch herausgegeben von Dr. M. Gmür. 2. Aufl. Bern 1917.

Petersen: Die Vormerkung von Miete und Pacht nach ZGB. Art. 959 und ihre Vorgeschichte (Maschinenschrift) 1923. Vermerk: Nicht zugänglich gewesen; zit. nach Oser.

Pfeiffer: Die Vorbemerkung persönlicher Rechte im Grundbuch. Dissertation. Zürich 1910.

Wieland: Das Sachenrecht (Kommentar von Egger, Escher, Reichel und Wieland). Zürich 1909.

Zycha: Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis. Zeitschrift für Schweizerisches Recht. N. F. 22. S. 74 ff.

V. Rechtsvergleichende Abhandlungen.

Locher: Artikel „Eigentum" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes herausgegeben von Schlegelberger. II. Bd. Berlin 1929.

Stulz: Artikel „Aneignung" ebenda.

VI. Besonderes.

Crome: Grundzüge des römischen Privatrechts. 2. Aufl., Bonn 1922.

Die in der Arbeit angezogenen Entscheidungen sind jeweils besonders zitiert; ebenso verhält es sich mit den Vorarbeiten.

Erster Teil.

Einführung. Quellen. Mietrechtliche Grundbegriffe, grundsätzliche Einstellung der Rechte; Terminologie.

A. Quellen.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich (d BGB) §§ 535 ff., insb. 571 ff., 581/II.

Code civil (C. c.) Art. 1709 ff., insb. 1743 ff.

Schweiz. Obligationenrecht (O.R.) Art. 254 ff., insbes. 259, 260, 281. 282.

Allg. bürgerliches Gesetzbuch für Österreich (ABGB) §§ 1090 ff., insb. 1093, 1120, 1121.

B. Grundbegriffe, grundsätzliche Einstellung der Rechte; Terminologie.

Die zu vergleichenden Rechtssätze beziehen sich auf einen Einzeltatbestand aus dem Bereiche des Mietrechts: Den der Veräußerung einer vermieteten Sache. Vor der Beschäftigung mit den mannigfaltigen, hierher gehörigen Einzelfragen ist folgendes festzuhalten:

§ 1.

Es muß ein Mietvertrag vorliegen.

I. Dazu ist (begrifflich und terminologisch) ganz allgemein zu bemerken, daß die neueren Gesetzgebungen nicht nur die römischrechtliche Zusammenfassung der Sach-, Dienst- und Werkmiete unter dem einheitlichen Begriff der locatio conductio (rei, operis, operarum) überwunden, sondern außerdem die Trennung der Sachmiete in Miete und Pacht durchgeführt haben.[1])

Am schärfsten tritt das in den beiden jüngsten Codifikationen,

[1]) Vgl. Oser, Komm. OR 2. Aufl. 1932 8. Titel Vorbem. 1. Dort wird auch das Motiv dieser Änderung, die veränderte soziale Bedeutung und Bewertung der Miete, gewürdigt.

dem dBGB und dem OR zutage. Beide Rechte behandeln, auch in der diesbezüglichen Terminologie übereinstimmend, Dienst- und Werkvertrag als eigene, von der Miete getrennte Vertragstypen und zerlegen die Sachmiete in Miete und Pacht.[2]) Dabei wird der Unterschied zwischen Miete und Pacht in beiden Rechten dahin festgelegt, daß jene sich nur auf den Gebrauch einer Sache, diese sich hingegen auf Gebrauch und Fruchtgenuß erstreckt (dBGB §§ 535, 581 / Gebrauch der vermieteten Sache bzw. Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und Genuß der Früchte /; OR Art. 253, 275 / Gebrauch einer Sache bzw. Überlassung einer nutzbaren Sache oder eines nutzbaren Rechtes zum Bezuge der Früchte oder Erträgnisse /). Die Wahl dieses Kriteriums ist anerkennenswert und richtig.[3])

Auch das ABGB kennt bereits Dienst- und Werkmiete nicht mehr; es spricht insoweit von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen. Hingegen hält es im Bestandvertrag noch an dem Miete und Pacht umfassenden Oberbegriff der Sachmiete fest, vgl. § 1090. Aber die beiden Institute werden bereits geschieden: Der Bestandvertrag wird ein Mietvertrag genannt, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt. Er heißt Pachtvertrag, wenn sie nur durch Fleiß und Mühe benutzt werden kann (§ 1091). Diese, im Kerne wohl richtig gemeinte,[4]) der Formulierung nach aber nicht ganz unmißverständliche Erklärung des Gesetzes[5]) faßt die Doktrin des österreichischen Rechtes heute im wesentlichen so auf, wie es das dBGB und das OR in unmißverständlicher Weise festgelegt haben.[6]) Es muß abschließend hervorgehoben werden, daß das ABGB im übrigen eine Zerlegung des Stoffes in zwei Teile nicht kennt. Die beiden Institute werden gemeinsam behandelt (§§ 1090—1121); soweit ihre Verschiedenheit auch eine verschiedene Behandlung bedingt, ergibt sich das jeweils aus der einzelnen Bestimmung (z. B. §§ 1099, 1105).

Der contrat du louage des französischen Rechts umfaßt hingegen noch Sach- und Arbeitsmiete (vgl. Art. 1708: il y a deux sortes de contrats de louage: celui des choses et celui d'ouvrage). Der hier allein interessierende Begriff der Sachmiete (louage des choses) erstreckt sich wie im österreichischen Recht auf Miete und Pacht; diese hält aber auch der C. c. schon auseinander. Dabei bezeichnet er die Sachmiete in Art. 1709 umfassend noch als einen Vertrag, durch welchen die eine der Parteien sich verpflichtet, der

[2]) Oser am zit. Orte Vorbem. 2. Enneccerus Lehrbuch I, 2 § 349. Bei Oser wird auch ausgeführt, daß bei dem „Parallelismus der Auffassung" über beide Institute die Trennung, wie sie das deutsche und das schweiz. Recht durchführen, nicht unbedingt zwingend ist; vgl. dazu auch das franz. Recht.

[3]) Swoboda Jur.Bl. 1924 Nr. 7 u. 8, wo auch hervorgehoben wird, daß damit natürlich noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt sind, es vielmehr von Fall zu Fall noch zweifelhaft sein kann, ob Miete oder Pacht vorliegt.

[4]) Mayr II 3. Buch § 376/2.

[5]) Ehrenzweig, System § 369/I. Vergl. auch Ohmeyer JBl 1924 Nr. 11 und 12; ferner Klang, Komm. zu § 1091/2.

[6]) Ehrenzweig ebenda. Klang Komm. zu § 1091/2.

anderen auf bestimmte Zeit entgeltlich den Genuß einer Sache zu verschaffen (à faire jouir l'autre d'une chose). Aber für die Unterscheidung zwischen Miete und Pacht geht er im Grunde genommen doch von dem gleichen Gedanken aus wie die übrigen Rechte, wenn er in Art. 1711 als Miete (bail à loyer) den Mietvertrag über Häuser und Fahrnis, als Pacht (bail à ferme) den über ländliche Grundstücke bezeichnet.[7]) Rechtssystematisch ist noch zu bemerken, daß die in einem Kapitel behandelte Sachmiete in drei Unterabschnitte geteilt wird, von denen der erste (Art. 1714—1751) gemeinschaftliche Regeln für die Vermietung von Häusern und ländlichen Grundstücken aufstellt, während der zweite (Art. 1752—1762) besondere Regeln für die Miete, der dritte (Art. 1763—1778) besondere Regeln für die Pacht festlegt.[8])

Da die Pacht im allgemeinen, insbesondere aber hinsichtlich der Veräußerung des Vertragsgegenstandes nach den Regeln über die Miete behandelt wird, ist für die weitere Untersuchung ihre besondere Berücksichtigung überflüssig; es wird daher im folgenden nur noch vom Mietvertrag im engeren Sinne (Miete, Vermietung, Mietvertrag, bail à loyer) gesprochen werden.

II. Das Wesen der Miete besteht in der durch Vertrag ermöglichten zeitweiligen Gewährung des Gebrauchs einer Sache gegen ein bestimmtes Entgelt.

Unmittelbar herausgestellt wird der Begriff im AGBG § 1090 und im C.c. Art. 1709, während das dBGB § 535 und das OR Art. 253 ihn „unter Angabe seiner hauptsächlichsten Rechtswirkungen" lediglich umschreiben.[9]) Es treten also übereinstimmend fünf Wesensmerkmale hervor: Der Vertrag, die Mietsache, die Gebrauchsgewährung, die Mietzeit und das zu entrichtende Entgelt.[10])

1) Die Miete ist ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag (C.c. Art. 1101/2: Contrat synallagmatique ou bilatéral; ABGB § 864: zweiseitig verbindlicher Vertrag.) Eine Verpflichtung steht der anderen gegenüber, eine Leistung wird um der anderen willen erbracht; les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres, C.c. Art. 1102.[11])

Die sich gegenüberstehenden Parteien sind der Vermieter und der Mieter. So in Übereinstimmung das dBGB und das OR. —

---

[7]) Seng § 1 S. 2. Über das Wort bail vgl. Planiol nº 1667 note 1; über die Nachteile dieser Unterscheidung vgl. Klang zu § 1091 ABGB.

[8]) Eine für den C. c. schon sehr fortschrittliche Systematik sh. oben S. 2 Anm. 2.

[9]) Oser zu Art. 253/I.

[10]) Mittelstein 4. Aufl. II § 5 S. 9.

[11]) Über die Besonderheiten des sog. contrat commutatif (Art. 1104) und seine Abgrenzung zum contrat synallagmatique vergl. Colin-Capitant II p. 267. IV; ferner Planiol-Ripert; T. VI nº 40, p. 48s.

Im ABGB finden sich im Anschluß an die Ausdrucksweise des § 1090 noch häufig die Bezeichnungen Bestandgeber und Bestandnehmer, aber auch die Worte Vermieter und Mieter; dies besonders dann, wenn es sich um eine gegenüber der Pacht abweichende Mietregelung handelt. — Die französische Rechtssprache bezeichnet den Vermieter in der Regel als bailleur oder auch als locateur,[12]) der Mieter heißt preneur (à bail), locataire, bailliste, conducteur.[13])

Als schuldrechtlicher Vertrag begründet die Miete nur relative (persönliche), nicht hingegen absolute (z. B. dingliche) Rechte. Frankreich: droit relatif (personnel) bzw. droit absolu (réel); Österreich: persönliches (rel.) Sachenrecht im Gegensatz zum dinglichen (absoluten) Recht, § 307. Dies ist allerdings für den Bereich aller behandelten Rechte bestritten und für die vorliegende Arbeit deshalb von besonderer Bedeutung, weil in den Doktrinen teilweise versucht wird, die Schutzwirkungen, die im Anschluß an die Veräußerung der vermieteten Sache zugunsten des Mieters ausgelöst werden, gerade als Folgen eines dinglich gestalteten Mietrechts zu erklären (vergl. dazu unten § 3 II 2 a).

2) Die Miete im engeren Sinne bezieht sich auf Sachen. Sachen sind nach deutschem und schweizerischem Recht grundsätzlich nur körperliche Gegenstände (darüber noch unten), jedenfalls aber nicht Rechte,[14]) die somit — für das deutsche Recht eine etwas befremdende Konsequenz[15]) — zwangsläufig in das Gebiet der Pacht verwiesen werden (das dBGB spricht im § 581 vom Gegenstand der Pacht, das OR hebt in Art. 275 das nutzbare Recht besonders hervor). Anders verhält es sich damit für Frankreich und Österreich, denn sowohl der C.c. (Art. 527 ff.) als auch das ABGB (§ 292) zählen die Rechte zu den beweglichen Sachen.

Auf körperliche Gegenstände im engsten Sinne dieses Wortes (Frankreich: choses corporelles; Österreich: Sachen, die in die Augen fallen § 292) beschränkt sich für Deutschland der Begriff der Sache,[16]) Energien und Naturkräfte sind nur nach dem schweizerischen Rechte hierher zu zählen (vgl. Art. 713 schw. ZGB). Das ist nicht ganz unbestritten,[17]) praktisch aber unbedeutsam, da Energien in der Regel verbrauchbar und schon deshalb nicht mietfähig sein werden. Für Frankreich und Österreich ist hingegen die Frage der körperlichen bzw. unkörperlichen Beschaffenheit ohne Bedeutung, da der Begriff der Sache in beiden Rechten

---

[12]) Vgl. allerdings (Baudry-Lacantinerie)-Wahl T. II nº 1; aber auch C. de Santerre 2e édit. t. VII. nº 159.

[13]) Vgl. zum ganzen Seng § 1. Der Ausdruck colon bezeichnet den Teilpächter.

[14]) Vgl. Oser zu Art. 253/I; Wieland Sachenrecht Vorbem. 1e. Für Deutschland Ennecc. I, 2 § 349.

[15]) Mittelstein am anderen Orte S. 9.

[16]) Ennecc. I, 1 § 114 I, 2.

[17]) Vgl. Mittelstein a. a. O. S. 9 und die dort zitierten.

nicht so eingeengt wird wie in Deutschland, er vielmehr körperliche und unkörperliche Dinge umfaßt.

Im übrigen kann sich die Miete überall auf bewegliche oder unbewegliche, (Frankreich Art. 1709: biens meubles ou immeubles), auf vertretbare oder nicht vertretbare (choses fongibles ou choses non fongibles) Sachen erstrecken.[18])

Verbrauchbare Sachen (choses consomptibles) sind in der Regel nicht mietfähig, weil die Verbrauchbarkeit mit der Rückgabepflicht nicht in Einklang zu bringen ist. Als besonderer Hinweis findet sich das ausgesprochen im ABGB § 1090 (eine unverbrauchbare Sache); im übrigen folgern es die Doktrinen aus der Begriffsbestimmung der Miete.[19]) Natürlich ist die Miete verbrauchbarer Sachen in besonders gelagerten Fällen denkbar, was allgemein hervorgehoben wird.[20])

Soweit es sich um Sachen handelt, die öffentlich-rechtlichen Zwekken dienen, vgl. etwa für Deutschland: Mittelstein a. a. O. S. 11; für die Schweiz: Oser zu Art. 253 Nr. 2 und für Frankreich: (Baudry-Lac.)-Wahl nº 154.

3) Auf Grund des Mietvertrages ist der Vermieter verpflichtet den Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren.

a) In der Gebrauchsgewährung erschöpft sich der Zweck des Vertrages. Damit ist festgelegt, daß der Mieter keinerlei rechtliche Verfügungsgewalt[21]) erlangen soll. Es erfolgt weder eine Eigentumsübertragung (so beim Kauf und Tausch, was allenthalben erwähnt wird[22])) noch auch nur die Bestellung eines beschränkt-dinglichen Rechtes[23]), wie dies z. B. hinsichtlich des allen vier Rechten bekannten Wohnrechtes der Fall ist. (Deutschland: Wohnrecht, Recht . . . als Wohnung zu benutzen § 1093; Frankreich: habitation, droit d'habitation Art. 623; Schweiz: Wohnrecht Art. 776 ZGB; Österreich: Dienstbarkeit der Wohnung, Recht, bewohnbare Teile eines Hauses zu seinem Bedürfnisse zu benutzen § 521).

b) Der Gebrauch muß gewährt werden.

In dieser Formulierung (Gewährung des Gebrauchs) ist das allerdings nur im dBGB ausgesprochen. § 535. „Diese Wendung ist gewählt anstelle des sonst oft gebrauchten ‚überlassen', weil sie besser zum Ausdruck bringt, daß der Vermieter nicht zu einem bloßen

[18]) Seng § 4.

[19]) Deutschland: Ennecc. § 349 Anm. 5 — Frankreich: Planiol I nº 2179 — Schweiz: Oser zu Art. 253/2.

[20]) Vgl. die vorzitierten. Man denke etwa an die verbrauchbare Sache als Schaustück (étalage).

[21]) Fick zum OR, Miete und Pacht Vorbem. 3.

[22]) Mittelstein § 5 Nr. 4. Für Frankreich: Planiol II nº 1675; für die Schweiz: Heuberger, Sachmiete § 4.

[23]) Eine andere Frage ist es, ob und wieweit das an sich obligatorische Mietrecht durch Eintragung in öffentliche Bücher verdinglicht werden kann. Vgl. dazu unten S. 49—51. Vgl. aber auch oben § 1, II, 1 am Ende.

Dulden, sondern zu einem, und zwar für die ganze Mietzeit dauernden Leisten verpflichtet ist."[24]) Der folgerichtige Niederschlag dieses Grundsatzes findet sich im § 536, wonach der Vermieter die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande überlassen und sie während der Mietzeit darin erhalten muß. Und bezeichnenderweise wird bei der Leihe (von dem Unterscheidungsmerkmal der Unentgeltlichkeit einmal abgesehen) die Verpflichtung des Verleihers einschränkend dahin gekennzeichnet, daß der Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten hat.

Der C.c. spricht von der Verpflichtung à faire jouir l'autre d'une chose. Dieser Ausdruck deutet, grammatikalisch erfaßt, nicht zwingend auf ein positives Tätigwerden und zugleich Tätigbleiben des Vermieters hin; ältere Übersetzungen sprechen denn auch nur von einer Verpflichtung zum Überlassen.[25]) Indessen unterliegt es keinem Zweifel, daß er aufzufassen ist im Sinne der Formulierung des dBGB. Das zeigt sich ganz deutlich bei der speziellen Umschreibung der Vermieterpflichten durch die Art. 1719/21, die ihrem Grundgedanken nach dem § 536 dBGB ohne weiteres an die Seite gestellt werden können. Zudem spricht Art. 1721 auch von einem garantir (devoir garantie). Und auch hier kann die Definition der Leihe (prêt à l'usage, commodat Art. 1875) vergleichsweise herangezogen werden, die dahin lautet: le prêt à l'usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir (also ein bloßes Überliefern, Überlassen des Gebrauches). — Die Doktrin bedient sich deshalb hinsichtlich der Miete auch entsprechend umfassender Ausdrücke.[26])

Das für das französische Recht Gesagte gilt im Ergebnis auch für die Schweiz und für Österreich. Allerdings verwendet das OR in Art. 253 noch den farblosen Ausdruck überlassen (demzufolge tritt auch kein terminologischer Unterschied gegenüber der Leihe Art. 705 zutage), aber auch hier schließt der Artikel 254 Abs. 1, der mit dem § 536 dBGB nahezu wörtlich übereinstimmt, jeden Zweifel aus.[27]) — Das ABGB spricht in § 1090 wenig scharf davon, daß der Mieter den Gebrauch erhält (bei der Leihe § 971 wird eine Sache zum Gebrauche auf Zeit übergeben); aber hier gibt der § 1096 einen ebenso deutlichen Hinweis wie das OR in Art. 254 Abs. 1, indem er festlegt, daß die Mietsache in brauchbarem Zustande zu übergeben und darin zu erhalten ist.

4) Die zeitliche Beschränkung (durée temporaire) des Gebrauchs ist in allen vier Rechten ein Begriffsmerkmal der Miete.

---

[24]) Mittelstein § 5 Nr. 4.

[25]) Vgl. etwa: Der Code civil französisch und deutsch (verbesserte Cramer'sche Übersetzung von Loersch) Leipzig 1883 Art. 1709.

[26]) Vgl. statt aller Planiol n° 1675. Dort wird das Wort „procurer" gebraucht, also gewähren, insbesondere verschaffen.

[27]) Oser zu Art. 253 I, 1.

Das dBGB bringt das — nicht besonders markant, aber immerhin mit genügender Deutlichkeit [28]) — zum Ausdruck ‚indem es im § 535 sagt, daß der Gebrauch *während der Mietzeit* zu gewähren ist. — Im C.c. erstreckt sich die Miete auf eine *gewisse Zeit* (certain temps) [29]), eine im ABGB wörtlich wiederkehrende Formulierung. — Das OR schweigt dem Wortlaut nach, aber es ist in seinem Bereiche anerkannten Rechtes, daß die zeitliche Begrenzung des Gebrauches zum Begriff der Miete gehört; zutreffend, wenn vielleicht auch nicht unbedingt zwingend, deduziert es die Rechtslehre mangels einer positiven Vorschrift aus der Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe. [30])

„Mietverträgen" auf unbegrenzte, ewige Dauer wird in der Regel die Absicht zugrundeliegen, in Wahrheit dingliche Rechte zu begründen, von denen Mittelstein [31]) für Deutschland die Erbmiete, Laurent [32]) für Frankreich die Emphyteuse (l'emphytéose) erwähnen. Auch an die Begründung einer Servitut kann gedacht werden. [33]) Oser kommt vom Gesichtspunkt seiner vorerwähnten Deduktion aus zur Annahme eines Kaufes, sofern die Rückgabeverpflichtung des Mieters für immer ausgeschlossen wird. [34])

Eine gesetzliche Maximalbegrenzung kennen das dBGB (§ 567) und der C.c. in Form des noch in Kraft befindlichen Gesetzes vom 18. 12. 1790. [35])

Gibt der Vertrag keine zeitliche Abgrenzung hinsichtlich des Gebrauches, so stellen alle Gesetze Regeln und zum Teil Vermutungen auf über den Beginn und das Ende der Mietzeit, deren ins Einzelne gehende Darstellung jedoch den Rahmen dieser einführenden Bemerkungen überschreitet. Vgl. dBGB 564 ff.; C.c. Art. 1769/70; OR Art. 267; ABGB § 1116.

3) Nach allen vier Rechten zeichnet sich die Gebrauchsüberlassung bei der Miete dadurch aus, daß sie *entgeltlich* gewährt wird. Dieses Tatbestandsmerkmal ist in allen vier Codifikationen besonders hervorgehoben (vgl. dBGB § 535 — Zahlung des vereinbarten Mietzinses; C.c. Art. 1709 — moyennant un certain prix; OR Art. 253 — Leistung von Mietzins; ABGB § 1090 — Gebrauch gegen einen bestimmten Preis). Dies unterscheidet die Miete vor allem von der Leihe. [36])

Das vom Mieter zu entrichtende Entgelt muß nicht in Geld beste-

---

[28]) A. A. Mittelstein § 5 Nr. 5.

[29]) Insofern nur bedingt richtig Planiol II n° 1669; grundsätzlich ist die Dauer beschränkt.

[30]) Oser zu Art. 253, 3; Hafner zu Art. 274 Nr. 4.

[31]) Mittelstein am zit. Orte.

[32]) Laurent, Principes XXV n° 12.

[33]) von Schey; ABGB zu § 1090 Anm. 7.

[34]) Oser am vorzitierten Orte.

[35]) Planiol II n° 1669. Auch Oser zu Art. 253, 3.

[36]) Vgl. für Deutschland: Ennecc. § 349 I, 3. — Für Österreich: Klang zu § 1090 I, 4b. — Für die Schweiz: Oser zu Art. 253 I, 4. — Für Frankreich: Planiol II n° 1664.

hen. Dies ist unbestrittene Meinung von Theorie und Praxis in Deutschland, Österreich und in der Schweiz.[37]) In Frankreich hingegen wird teilweise noch die gegenteilige Ansicht vertreten,[38]) und zwar geschieht das unter besonderer Bezugnahme auf den Ausdruck „prix" in Art. 1709. Ein überzeugender Grund für diese einschränkende Auffassung besteht auch für das französische Recht nicht.[39]) Die überwiegende Lehrmeinung steht deshalb mit Recht auf entgegengesetztem, mit der deutschen, österreichischen und schweizerischen Auffassung übereinstimmendem Standpunkt.[40])

III. Die Miete wird in allen vier Rechten grundsätzlich als Consensualvertrag aufgefaßt, sie bedarf deshalb grundsätzlich keiner Form. Dies wird besonders hervorgehoben im C. c. Art. 1714 ("on peut louer ou par écrit ou verbalement") und im ABGB § 1092 („Miet- und Pachtverträge werden auf die nämliche Art als der Kaufvertrag geschlossen").[41])

Diese Regel erleidet indessen gewisse Ausnahmen, und zwar vorwiegend im Zusammenhange mit der Veräußerung vermieteter Sachen.[42]) Wie darzustellen sein wird, ist allen Rechten die Tendenz eigen, wenigstens den Mieter unbeweglicher Sachen in gewissem Umfange gegenüber dritten Personen zu schützen. Die Durchführung dieses Schutzes bedingt es, dem Erwerber in mehr oder weniger ausgedehntem Maße Bindungen aufzuerlegen. Da dies aber eine durchaus nicht alltägliche Rechtserscheinung ist, erweist es sich als billig, auch den Mieter bestimmten Erschwerungen zu unterwerfen; dabei ist vor allem der Zwang formellen Vertragsabschlusses sehr naheliegend. — Von diesem Gedanken hat in sehr weitgehendem Umfange das französische Recht Gebrauch gemacht: Nach Art. 1743 (1328) C. c. ist die Schriftlichkeit des Mietvertrages Voraussetzung für das Eintreten der Schutzwirkungen überhaupt (vgl. über die nähere Ausgestaltung dieses Grundsatzes und über die besonderen Erschwerungen / bail authentique, date certaine / unten § 3 I 2 b). — Nicht so weit geht das deutsche Recht. In seinem Bereich bezieht sich die Schriftform nur auf die Dauer des Vertrages, nicht auf dessen Bestand bzw. Wirkung gegenüber dritten Erwerbern. Sollen nämlich Mietverträge über Grundstücke, die für längere Zeit als ein Jahr geschlossen werden, für eben diese Dauer wirksam sein, so bedürfen sie

[37]) Ennecc. am zitierten Orte; desgleichen Klang und Oser.

[38]) Laurent XXV n° 58, wo sich insbesondere auch terminologische Ausführungen finden.

[39]) Seng § 6; (Baudry-Lac.)-Wahl XX n° 844. Dort findet sich als Argumentation auch noch eine Bezugnahme auf die anders geartete Regelung des Art. 1763 (für den Bereich der sog. Teilpacht).

[40]) Vgl. die vorzitierten, insbes. (Baudry-Lac.)-Wahl und die dort angeführte Judikatur.

[41]) Vgl. für Deutschland: Ennecc. I, 2 § 349 II. — Für Frankreich: Planiol II n° 1671. — Für die Schweiz: Oser zu Art. 253 I, 5b. — Für Österreich Klang zu § 1092.

[42]) Im deutschen Recht steht die fragliche Bestimmung (§ 566) allerdings außerhalb der Bestimmungen, die sich auf die Veräußerung der Mietsache beziehen; sie ist aber gerade auch dort von Bedeutung.

der schriftlichen Form; wird diese nicht gewahrt, so gelten die Verträge als für unbestimmte Zeit geschlossen, sind also unter Umständen früher kündbar. § 566 BGB; vgl. aber auch Satz 2 dieser Bestimmung. Diesen Gedanken kennt das französische Recht noch neben der allgemeinen Regel des Art. 1743, indem durch das Gesetz vom 21. 3. 1855 Art. 2e für Mietverträge über 18 Jahre neben der Schriftform noch Transkription vorgeschrieben ist. — In Österreich und in der Schweiz muß das Recht des Mieters, wenn es für die gesamte Vertragsdauer gegenüber dritten Erwerbern wirken soll, im Grundbuch eingetragen werden. Damit ist allerdings noch nichts Zwingendes über die Schriftlichkeit des ganzen Vertrages gesagt, aber es bedarf doch mindestens einer schriftlichen Erklärung des Vermieters (Eigentümers),[43]) die in der Regel alle wesentlichen Punkte des Mietvertrages mitumfassen oder zur Vermeidung von Zweifeln meist dadurch ergänzt sein wird, daß eine schriftliche Abfassung des ganzen Vertrages der sogenannten Urkundensammlung miteinverleibt wird, die nach beiden Rechten dem Grundbuch eingegliedert ist. Alles nähere zu diesen Fragen unten S. 65—67, 68.

§ 2.

Die Veräußerung.

Unsere Abhandlung erfaßt den Fall, in welchem die bisher bestehenden Rechtsbeziehungen dadurch berührt werden, daß die vermietete Sache veräußert wird.

I. Dabei ist davon auszugehen, daß es dem Vermieter, der Eigentümer ist, überhaupt unbenommen bleibt, eine derartige Veräußerung trotz der eingegangenen Miete vorzunehmen.

Dies ist nach allen vier Rechten der Fall; keines von ihnen hat sich entschlossen, zu dem elementarsten Hilfsmittel zu greifen und dem vermietenden Eigentümer für die Dauer der Mietzeit eine Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der Mietsache aufzuerlegen.[44]) Einheitlich wird aber auch anerkannt, daß bei der gesteigerten wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung, die der Miete schon seit langem[45]) zukommt, und die noch immer im Wachsen begriffen ist, ein rechtliches Bedürfnis für den Schutz des Mieters gegenüber dem Erwerber besteht.

Art und Umfang des deshalb gewährten Schutzes ergeben sich im

[43]) Vgl. Ehrenzweig § 370 III, 1; Oser zu Art. 253 I, 5b (8).

[44]) Eine andere, besonders für das Schweiz. Recht interessierende, hier aber noch nicht zu behandelnde Frage ist die nach der Beurteilung eines solchen Verhaltens des Vermieters.

[45]) Vgl. von Gierke D.Pr.R. III. Die Vorarbeiten zum C. c. gewähren in dieser Hinsicht kaum einen lohnenden Einblick, weil sie sich vorwiegend auf den Schutz des Pächters beziehen. Vgl. Locré XIV p. 346, 411, 432.

wesentlichen aus der Einstellung der Rechte zu dem viel zitierten, grundlegenden Rechtssatz „Kauf bricht (bricht nicht) Miete" (Frankreich: vente passe louage / louage passe vente).[46])

1) Was zunächst die Formulierung dieses Satzes anlangt, so wird in den Doktrinen häufig hervorgehoben, daß sie in zweifacher Hinsicht[47]) unrichtig sei: Einmal werde der Mietvertrag nicht im Sinne einer Auflösung gebrochen, sondern lediglich seine Erfüllung unmöglich gemacht, und sodann sei die eventuelle Austreibung des Mieters durch den Erwerber nicht eine Folge des abgeschlossenen obligatorischen Kaufvertrages, sondern lediglich eine solche der Übereignung des Mietobjektes.[48]) Dies ist wohl richtig für das deutsche, schweizerische und österreichische Recht, denn zweifellos wird der Mietvertrag als solcher durch den Verkauf der Mietsache nicht aufgelöst (wenngleich der Ausdruck „brechen" ja nicht zwingend in diesem Sinne aufgefaßt werden muß), und sicher bildet auch die Übereignung der Mietsache und nicht schon deren Verkauf das ausschlaggebende Moment; vgl. dazu noch unten S. 14 (2).[49])

Hingegen bedarf die französische Formulierung des Satzes unseres Erachtens keiner so grundlegenden Kritik: Was zunächst das Brechen des Mietvertrages anlangt, so fällt auf, daß insoweit nicht der Ausdruck "rompre", sondern das Wort "passer" gebraucht wird. Allerdings findet sich bisweilen und insbesondere schon in den Vorarbeiten auch eine andere Terminologie; so bedient sich vor allem Jaubert's Discours der Wendung "rompre".[50]) Aber vorherrschend bleibt doch die Formulierung "vente passe louage", eine Sentenz, die sich so schon bei Loïsel findet.[51]) Dieser terminologischen Abweichung dürfte deshalb eine gewisse Bedeutung zuzusprechen sein, weil mit dem Worte "passer", wiewohl es eine sehr vielfältige Bedeutung hat, jedenfalls schwerlich der Sinn von "rompre" verbunden werden kann, Es wird vielmehr die Annahme berechtigt sein, daß die Rechtslehre diesen Ausdruck im Sinne eines Vorgehens (des Käuferrechtes), eines Übergehens oder Überholens (Kauf überholt Miete) gerade deshalb benutzt, um irrige Vorstellungen, die sich mit dem Ausdruck "rompre" sehr leicht verbinden, zu umgehen. Jedenfalls ist diese Fassung vorsichtiger. — Und die Wahl des Ausdruckes "vente" begegnet im Bereiche des französischen Rechtes deshalb keinen

[46]) Périer; De la règle etc., Diss.
[47]) Martin Wolff, Sachenrecht § 118 Anm. 9: „doppelt ungenau".
[48]) Ennecc. I, 2 § 355 I; Löning, Grundstücksmiete S. 160; Heuberger a. a. O. S. 80, Beetschen S. 7, 8.
[49]) Deshalb empfiehlt sich die von Wolff a. zit. O. vorgeschlagene Formulierung „Übereignung vertreibt den Mieter nicht".
[50]) Locré XIV p. 458 n° 7.
[51]) Loïsel. Institutes coustumières ou manuel de plusieurs et diverses Règles, Sentences et Proverbes. III. titre VI: Vendue, ou achapt passe louage.

Bedenken, weil bei der ihm eigenen noch zu behandelnden Vereinigung von obligatorischem Verpflichtungs- und dinglichem Erfüllungsgeschäft schon der Abschluß des Vertrages in der Regel die dingliche (rechtsübertragende) Wirkung miterzeugt. Art. 1138 C. c. Der Ausdruck "vente" ist lediglich deshalb nicht ganz am Platze, weil nicht unbedingt ein Verkauf der Mietsache vorliegen muß, sondern auch andere Vertragsarten (Tausch, Schenkung) hierhergehören; diese für das französische Recht nicht ganz unbestrittene Frage beantwortet sich für die anderen Rechte in gleicher Weise. [52])

2) Für die Verwirklichung des Schutzes gilt mithin folgendes: Entweder man erkennt den Satz: „Kauf bricht nicht Miete" an und modifiziert ihn in einigen Fällen, oder man bekennt sich grundsätzlich zum Gegenteil, läßt „den Kauf die Miete brechen" und verhindert die strikte Durchführung dieses Prinzipes durch andere gesetzliche Mittel (Kündigungszwang, Eintragungs- bzw. Vormerkungsmöglichkeit). Ersteren Weg haben das deutsche und das französische Recht gewählt, von der zweiten Möglichkeit machen das OR und das ABGB Gebrauch.

3) Das Schutzbedürfnis hat zu Beginn der Entwicklung vorwiegend in Hinblick auf Immobilien bestanden. Die Miete beweglicher Sachen hat erst später gehobene wirtschaftliche Bedeutung erlangt. [53]) Die Notwendigkeit, auch den Mieter beweglicher Sachen zu schützen, muß heute grundsätzlich anerkannt werden. Indessen wird der Schutz des Mobiliarmieters, soweit man ihn berücksichtigt, meist auf andere Weise, nämlich im Wege einer Einwendung des Rechtes zum Besitze gegenüber der Vindikationsklage geregelt. [54])

Das deutsche Recht läßt schon seinem Wortlaut nach keinen Zweifel offen, da § 571 dBGB nur von Grundstücken spricht. Der Art. 1743 C. c. ist nach der absolut herrschenden, so gut wie unbestrittenen Lehre nur auf unbewegliche Sachen anwendbar. [55]) Art. 259 OR geht in Abs. 1 gerade grundsätzlich von dem Satz „Kauf bricht Miete" aus und statuiert in Abs. 2 und in Art. 260 Ausnahmen, die nur für unbewegliche Sachen gelten. Lediglich das österreichische Recht unterstellt in § 1120 ABGB die Miete beweglicher Sachen der gleichen Schutzidee wie die Miete unbeweglicher Sachen; jedoch ist das ohne praktische Bedeutung (wegen § 1116, der für bewegliche Sachen eine ganz kurze Kündigungsfrist vorsieht).

Um eine ganz klare Darstellung zu gewinnen, gehen wir für die weiteren Ausführungen vorwiegend von der Veräußerung einer unbeweglichen Sache aus und behandeln diese, insbesondere in dem Ab-

---

[52]) Vgl. Beetschen a. a. O. S. 8.
[53]) Zutreffend in diesem Zusammenhange Valéry, Ann. de Droit Comm. 9 (1895) p. 27, 81.
[54]) Vgl. Löning, S. 149 (III).
[55]) Valéry, p. 84.

schnitt „Durchführung der Schutzbestimmungen im einzelnen", von der einer beweglichen vermieteten Sache getrennt.

II. 1) Der Begriff der Veräußerung wird von den einzelnen Doktrinen verschieden erfaßt. Er bedarf einerseits einer Abgrenzung gegenüber dem der Verfügung, er muß andererseits dem sogenannten Verpflichtungsgeschäft gegenübergestellt werden. Dabei empfiehlt es sich, das deutsche, schweizerische und österreichische Recht zusammenfassend, das französische Recht aber gesondert zu betrachten, da dieses eine scharfe Trennung der Begriffe Verfügung und Verpflichtung (Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft) nicht kennt, vielmehr beide miteinander verknüpft hat.

a) Das deutsche, schweizerische und österreichische Recht.

α) Verfügung und Veräußerung.

Nach den Doktrinen versteht man im allgemeinen unter Verfügung [56]) jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht unmittelbar übertragen, belastet, verändert oder aufgehoben wird.

In Übereinstimmung mit der Literatur des Pandektenrechtes [57]) gebraucht die österreichische Rechtslehre dafür auch noch den Ausdruck Veräußerung (alienatio). [58]) Auch er umfaßt („im weiteren Sinne" [59]) die Übertragung, Belastung, Änderung und das bloße Aufgeben) [60]) eines Rechtes.

Diesen Begriff der Veräußerung im weiteren Sinne kennen das dBGB. und das OR nicht mehr. Unter Berufung auf die Fassung der Gesetze kann und muß die Rechtslehre vielmehr für beide Rechte davon ausgehen, daß von Veräußerung nur zu sprechen ist, soweit die Übertragung eines Rechtes auf einen anderen in Betracht kommt. [61]) Es gehört also weder das bloße Aufgeben eines Rechtes noch die Begründung von das Recht beschränkenden Rechten Dritter (Belastung) hierher. Die Veräußerung ist zu einer Unterart der Verfügung geworden, sie wird nur noch „im engeren Sinne" [62]) gebraucht.

β) Veräußerung und Verpflichtung.

Zu trennen von der Veräußerung ist das Verpflichtungsgeschäft. diese überträgt das Recht noch nicht, es begründet lediglich eine Ver-

---

[56]) Eine Definition des Begriffes findet sich in keiner der Kodifikationen.

[57]) Ennecc. I, 1 § 134.

[58]) Vgl. etwa Ehrenzweig I. Bd. 1. Hälfte §§ 119, 120 und Unger, System II. Bd. S. 174 ff.

[59]) Ehrenzweig ebenda.

[60]) Ehrenzweig § 120.

[61]) Von Tuhr, Allg. T. d. OR I. Halbbd. § 25; Ennecc. I, 1 § 134 u. auch Oser, Vorbem. zu Art. 1—40 d. OR IV 4a*α* (50).

[62]) Den Unterschied als solchen kennt die österr. Rechtslehre natürlich, vgl. oben Anm. 58).

pflichtung zur Übertragung, ein für alle drei Rechte anerkannter Grundsatz.

Allerdings gebraucht die österreichische Rechtslehre, ausgehend von ihrer weiten Erfassung des Begriffes Veräußerung und gestützt auf eine zum Teil ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzestextes (vgl. etwa die §§ 430, 1008 ABGB), den Ausdruck Veräußerung auch für die bloße vertragsmäßige Eingehung einer Verbindlichkeit.[63]) Indessen ist sie sich über den grundlegenden Unterschied im klaren.[64])

Auch im dBGB und im OR ist die Unterscheidung von Verpflichtung und Verfügung (also auch Veräußerung) unschwer erkennbar. Dabei befleißigt sich aber das dBGB einer reinen Terminologie, während das OR die Ausdrücke Verfügung und Veräußerung nur gelegentlich im technischen Sinne gebraucht;[65]) vgl. Art. 481/III OR, Art. 240/I OR, Art. 396/III OR, Art. 439/II OR; Art. 657 ZGB.

b) Im französischen Recht wird die Veräußerung als aliénation bezeichnet. Dieser, eindeutig auf das Wort alienatio zurückführende Ausdruck erscheint zwar insofern unverfänglich, als damit jede „durch den Willen des Berechtigten bedingte und bewirkte Aufhebung eines Rechtes"[66]) gekennzeichnet wird.[67]) Indessen muß aber berücksichtigt werden, daß sich das geltende[68]) französische Recht von dem, auch die vorbehandelten Rechte beherrschenden römisch-rechtlichen Prinzip freigemacht hat, nach dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft grundsätzlich zu trennen sind. Die in Art. 1138 C. c. zum Ausdruck kommende „bedeutsame Neuerung" (l'innovation importante)[65]) hat vielmehr einem anderen Rechtsprinzip Geltung verschafft: Durch das Verpflichtungsgeschäft (convention, contrat[70]) werden nicht nur obligatorisch-persönliche Rechte (créances) begründet, die ihrerseits erst einen Anspruch auf Übertragung dinglicher Rechte erzeugen, sondern mit Abschluß dieses Geschäftes selbst vollzieht sich zugleich und ipso iure der beabsichtigte Übergang des dinglichen Rechtes, ohne daß es eines besonderen Übereignungsaktes bedarf: La mutation de propriété est un effet de la convention elle-même.[71]) Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft sind also untrennbar miteinander verbunden. Zutreffend und prägnant heißt es bei Baudry-Lacantinerie: Celui qui a valablement promis la propriété de sa chose devient aliénateur en même temps que débi-

---

[63]) Ehrenzweig I § 120.
[64]) Unger, II. Band S 178; dazu auch Ehrenzweig § 120 Anm. 2.
[65]) Vgl. dazu von Tuhr § 25; insbes. S. 172 Anm. 18.
[66]) Unger a. a. O. S. 174.
[67]) Zachariae-Crome I § 119 S. 328.
[68]) Nicht auch das ältere französische Recht. Baudry-Lac.; Précis t. I.
[69]) Baudry-Lac. ebenda.
[70]) Vgl. dazu Oser, Vorbem. zu Art. 1—40 des OR V, 3 (66); aber auch Locher im rechtsvergl. Handwörterbuch II. Bd. S. 614 Art. Causa, insbes. S. 615.
[71]) Baudry-Lac. a. vorzit. Orte.

teur.[72]) Die Überlieferung der Sache selbst ist weniger die rechtsübertragende Erfüllung des Grundgeschäftes als vielmehr die Schaffung einer Möglichkeit für den Erwerber, sich seines Eigentums zu bedienen.[73])

Es muß also bei Gebrauch des Ausdruckes aliénation stets dessen weittragende Bedeutung berücksichtigt werden, die nicht nur das Grund- und Vollzugsgeschäft umfaßt, sondern sich auf jede Veräußerung im weiteren Sinne erstreckt.

2) Maßgebend ist, daß durch die Veräußerung — dies der Regelfall — das Eigentum an der Mietsache vom Vermieter auf einen Dritten übertragen wird. Soweit hinsichtlich dieser Eigentumsübertragung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen noch ein Unterschied besteht und dieser für das vorliegende Thema von Bedeutung ist, soll dies im zweiten speziellen Teil der Arbeit Berücksichtigung finden.

III. Der gewährte Schutz.

1) Im allgemeinen.

Der Mieter ist am vollkommensten geschützt, wenn ihm eine leistungsfähige Vertragspartei erhalten bleibt.

Der alte Eigentümer allein kann das nicht sein, denn ihm wird durch die Veräußerung die Realerfüllung grundsätzlich unmöglich, es sei denn, daß er mit dem Erwerber besondere Vereinbarungen trifft. Dem neuen Eigentümer ist die Erfüllung des Mietvertrages jedenfalls insoweit möglich, als sie sich auf die Besitzüberlassung bezieht, indessen wird es in vielen Fällen zweifelhaft sein, ob und inwieweit er auch sonst (Erhaltung der Mietsache in gebrauchsfähigem Zustande etc.) leistungsfähig ist. Deshalb bedarf einerseits eine Lösung, die den alten Eigentümer allein Schuldner bleiben läßt, der Ergänzung dahin, daß der Erwerber die zur Gebrauchsgewährung erforderlichen Einwirkungen des Verkäufers (Vermieters) auf die Mietsache dulden muß; andererseits besteht dann, wenn man den Erwerber von Gesetzes wegen „eintreten" läßt, das rechtliche Bedürfnis, ihn entweder nur mit eintreten zu lassen, sodaß er nur solidarisch neben dem bisherigen Vermieter Vertragspartner wird, oder die volle Ersetzung des alten Vermieters durch den Erwerber (den Eintritt[74]) mittels subsidiärer Weiterhaftung des ersteren möglichst gefahrlos zu gestalten.

Es erhellt, daß die Art der gewählten Schutzmittel sich aus der grundsätzlichen Einstellung der Rechte zu dem Satz „Kauf bricht Miete" ergibt. Vergegenwärtigt man sich, daß diejenigen Rechte, die grundsätzlich noch den Kauf die Miete brechen lassen, dies tun unter

---

[72]) u. [73]) Baudry-Lac. a. a. O.; auch Unger S. 178 Anm. 22 und insbes. Capitant, De la Cause des Obligations, Paris 1923, S. 170/1.

[74]) Vgl. zum ganzen Oser zu Art. 259, III 2c (24).

Berufung auf den obligatorischen Charakter der Miete, so ist unschwer zu folgern, daß sie auch die (dennoch) gewährten Schutzmittel so gestaltet haben werden, daß der Dritterwerber den zwischen Vermieter und Mieter bestehenden obligatorischen Beziehungen möglichst fernbleiben, in sie jedenfalls nicht kraft Gesetzes eintreten wird.

Umgekehrt ist verständlich, daß die gegenteilige Anschauung leicht zu weiteren, den Dritterwerber in das Schuldverhältnis einbeziehenden Konsequenzen bereit sein wird.

Es treten denn auch im wesentlichen zwei Rechtsprinzipien hervor: entweder man läßt — vorbehaltlich besonderer Parteivereinbarungen — den alten Eigentümer Schuldner bleiben, verpflichtet den Erwerber in irgendeiner Weise zur Duldung des weiteren Gebrauchs durch den Mieter und erkennt an, daß auch der alte Eigentümer während der Mietzeit zu weiterer Einwirkung auf die Sache berechtigt bleibt.[75]) Oder man läßt den Erwerber in die Vertragsbeziehungen eintreten, verknüpft mit seiner Person die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis und hält den bisherigen Vermieter als Mitvermieter oder subsidiär Haftenden fest.

2) Die einzelnen grundlegenden Gesetzesbestimmungen.

a) Die zuletzt besprochene Wirkung (voller Eintritt) bringt in konsequenter und zweifelausschließender Art vor allem das deutsche Recht zur Durchführung. Im § 571 dBGB wird für den Fall der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks nach dessen Überlassung an den Mieter festgelegt: „Der Erwerber tritt an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein." Es findet also kraft Gesetzes ein, seiner rechtlichen Konstruktion nach allerdings umstrittener vom Gesetz aber selbst so bezeichneter Eintritt in die aktive und passive Seite des schuldrechtlichen Mietverhältnisses statt; das ist die eingreifendste und in Form geschriebenen Gesetzes nur im deutschen Recht durchgeführte Ausgestaltung des Satzes „Kauf bricht nicht Miete".

b) Im französischen Recht enthält der Art. 1743 C. c. seinem Wortlaut nach eine etwas abgeschwächte Durchführung, indem er bestimmt: "Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail." Dem Wortlaut nach ist also lediglich gesagt, daß der Erwerber einer vermieteten Sache dem Mieter oder Pächter, der einen in öffentlicher Form errichteten oder mit sicherem Datum versehenen Mietvertrag hat, nicht austreiben kann. Das ist eine

[75]) Vgl. Heuberger § 35 Nr. 7, 8 und den deutschen Entwurf § 509.

Unklarheit in der „Konstruktion des Vorrechts des Mieters“.[76]) Rechtsprechung und Wissenschaft haben hier in noch darzustellender Weise eine sich dem deutschen Recht stark nähernde Ergänzung geschaffen. Hinsichtlich des „Eintrittes“ sprechen sie insoweit häufig (und im untechnischen Sinne[77]) von einer Subrogation des Erwerbers (une subrogation de l'acquéreur au bailleur),[78]) auch von einem Aufrechterhalten (Erhalten, entretenir) des Vertrages durch den Erwerber.[79])

c) Das schweizerische und das österreichische Recht.

α) In Art. 259 Abs. 1 des OR kommt der Grundsatz „Kauf bricht Miete“ eindeutig zum Ausdruck. Er lautet: „Wird die vermietete Sache nach Abschluß des Mietvertrages veräußert oder auf dem Weg des Schuldbeitreibungs- oder Konkursverfahrens ihm entzogen, so kann der Mieter die Fortsetzung des Mietvertrages von dem Dritten nur fordern, wenn dieser sie übernommen hat, der Vermieter aber bleibt zur Erfüllung des Vertrages oder zu Schadensersatz verpflichtet.“

Für die Veräußerung einer unbeweglichen vermieteten Sache ist dieser Grundsatz in zweifacher Hinsicht durchbrochen:

I. Für alle Mietverträge über unbewegliche Sachen gilt, daß eine sofortige Austreibung durch den Erwerber nicht möglich ist, Art. 259 Abs. 2.[80]) Der Erwerber ist vielmehr an die gesetzlichen Kündigungsfristen gebunden, es sei denn, daß der Vertrag eine frühere Auflösung gestattet.[81]) In der Zwischenzeit muß er, wie sich das Gesetz ausdrückt, den Mieter in der Miete belassen. Eine Unterlassung der Kündigung zieht (wie es Art. 259 Abs. 2 in jedenfalls terminologischer Übereinstimmung mit dem BGB bestimmt) den Eintritt in das Mietverhältnis nach sich und nach der Doktrin hat ein ausdrücklich erklärter oder durch konkludente Handlung zum Ausdruck gebrachter Verzicht auf das Recht zur vorzeitigen Kündigung dieselbe Wirkung.[82])

---

[76]) Crome, Grundriß des römischen Privatrechts, § 38, II, 1c.

[77]) Vgl. unten S. 58, 59.

[78]) Vgl. zunächst Laurent XXV n° 392 und zum ganzen unten S. 58, 59.

[79]) Périer, De la Règle etc. und schon Locré XIV p. 432 (Mouricault, Rapport).

[80]) Er lautet: Ist der Mietgegenstand eine unbewegliche (Z. 655) Sache, so hat der Dritte, sofern der Vertrag keine frühere Auflösung gestattet, den Mieter bis zu dem Termin, auf den nach den gesetzlichen Vorschriften gekündigt werden kann (267 Z. 1 u. 2) in der Miete zu belassen, und gilt, wenn er die Kündigung unterläßt, als in das Mietverhältnis eingetreten.

[81]) Es sei an dieser Stelle erwähnt, daß die Einschränkung — wiewohl das ABGB darüber schweigt — von der Doktrin auch für das österreichische Recht angenommen wird. Ehrenzweig, System § 370 Anm. 83.

[82]) Vgl. etwa Gmür, OR zu § 259 III a. E.

II. Für Mietverhältnisse, die im Grundbuche vorgemerkt sind, (diese Möglichkeit sieht das schweizerische Recht vor, Art. 959 Abs. 1 ZGB), bestimmt das Gesetz in Art. 260 OR, daß jeder neue Eigentümer „die Benutzung des Grundstückes nach Maßgabe des Mietvertrages gestatten muß".

In welchem rechtlichen Verhältnis sich Vermieter und Mieter, Mieter und Erwerber im Falle des Art. 259 Abs. 2 Satzteil 1 und im Falle des Art. 260 während der Gestattungszeit gegenüberstehen, ist im Gesetz direkt nicht gesagt. Es bestehen deshalb auch gewisse Zweifel. Demgegenüber scheint der Art. 259 Abs. 2 Satzteil 2, einen Eintritt festlegend, in dieser Hinsicht klarer zu sein; jedoch begegnet auch seine Erfassung Schwierigkeiten (vgl. dazu unten S. 41 ff.).

β) Für Österreich besagt der § 1120 ABGB: „Hat der Eigentümer das Bestandstück an einen anderen veräußert und ihm bereits übergeben, so muß der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist (§ 1095), nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtigt, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugtuung zu fordern."

Die terminologische und grammatische Fassung dieser Bestimmung läßt erkennen, daß der Gesetzgeber doch von dem Grundsatz „Kauf bricht Miete" ausgegangen ist, wenngleich er ihn für alle Mietverträge in mehr oder minder starker Weise abgeschwächt hat.[83])

Der § 1095 ABGB sieht die Eintragung des Bestandrechtes in öffentliche Bücher vor; er will für diesen Fall das Recht des Bestandnehmers „als ein dingliches" betrachtet wissen, welches sich der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß.

Wieder schweigt der Gesetzeswortlaut über die Art der Rechtsbeziehungen zwischen den drei beteiligten Parteien in der Zeit nach der Veräußerung bis zum Ablauf des Vertrages; das gilt sowohl für den Fall, daß der Erwerber von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht als auch dann, wenn er die vorzeitige (gesetzliche) Kündigung unterläßt und die Miete im Rahmen des Vertrages ihr Ende findet. Auch § 1095 besagt in dieser Hinsicht nichts, denn selbst wenn man (was sehr bestritten ist) annehmen wollte, daß durch die Einverleibung auf Grund des § 1095 dem Mietrecht der Charakter eines dinglichen Rechtes verliehen wird, so ist damit doch noch nicht geholfen, solange man sich nicht entschließt, dieses Recht des Mieters gegenüber dem Erwerber der gleichen rechtlichen Behandlung zu unterziehen wie die übrigen beschränkt-dinglichen Rechte. Das tut die herrschende Rechtslehre aber nicht, vielmehr knüpft sie an die Veräußerung einer vermieteten Sache auch im Falle des verbücherten

[83]) Vgl. Ehrenzweig, § 370 III, 2 und besonders die einschränkende Formulierung: „Nur insofern gilt noch der Satz ‚Kauf bricht Miete'."

Bestandrechtes Folgen, die teils mehr, teils anderes darstellen, als die Wirkungen eines dinglichen Rechtes, ja sie behandelt überhaupt die Frage nach der Art dieser Rechtsbeziehungen der Beteiligten als etwas außerhalb der Frage nach der Dinglichkeit der Miete Liegendes. Dabei spricht jedenfalls die Rechtslehre nahezu einhellig vom Eintritt des Erwerbers, und zwar nicht nur in terminologischer, sondern wohl auch in begrifflicher Anlehnung an das deutsche Recht.

Zweiter Teil.

Die Veräußerung der vermieteten Sache als Einzeltatbestand.

§ 3.

Veräußerung unbeweglicher vermieteter Sachen.

I) Voraussetzungen.

1) Die angeführten Bestimmungen gehen von einem gemeinsamen Tatbestand aus: Es muß eine wirksame (d. h. wirklich Eigentum übertragende / Ennecc. I, 2 § 355 II /) Veräußerung im Wege der Singularzession [84]) stattgefunden haben.

Ob und wieweit dem Mieter die Schutzbestimmungen auch im Falle bloßer Belastung der Mietsache mit einem dinglichen Recht zuzusprechen sind, ist eine in allen vier Rechten angeschnittene, gesetzlich allerdings nur im dBGB geregelte Frage. § 577 dBGB rechnet in zutreffender Abgrenzung die Belastung mit einem dinglichen Recht dann hierher, wenn durch die Ausübung dieses Rechtes dem Mieter der Gebrauch entzogen wird (Nießbrauch, Erbbaurecht, Wohnrecht); [85]) vgl. auch § 577 Satz 2. Es ist logisch und verständlich, daß im deutschen Recht dieser Fall seinen besonderen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, denn bei der engen Auffassung des Veräußerungsbegriffes, die dem deutschen Recht eigen ist, gehört die bloße Belastung eigentlich nicht hierher. Dasselbe müßte demnach gelten für das schweizerische Recht; indessen schweigt hier das Gesetz, [86]) aber die Rechtslehre kommt übereinstimmend — und zwar auch hinsichtlich der Abgrenzung [87]) — zu demselben Ergebnis wie

[84]) Der Universalsukzessor gehört nicht hierher, wohl aber der Vermächtnisnehmer. Vgl. für Deutschland: Staudinger § 571 B I, 1a; für Frankreich (Baudry-Lac.)-Wahl I n° 1333; für die Schweiz Oser zu Art. 259 a. a. O.

[85]) Ennecc. § 355, II, 2c; Ennecc.-Lehmann § 132, I, 2b; von Gierke DPrR 3. Bd. § 197, I 6g.

[86]) Nach Beetschen S. 23 ein bedauerlicher Mangel, den die Entwürfe zum alten OR nicht kannten.

[87]) Beetschen S. 24, 25.

das deutsche Gesetz.[88]) — Dies gilt auch für Frankreich[89]) und für Österreich,[90]) wo aber das Schweigen der Gesetze in dieser Hinsicht wegen der weiten Erfassung des Veräußerungsbegriffes nicht besonders auffällt.

Eigentumsübertragende Veräußerungen können nun freiwillig oder unfreiwillig (Zwangsversteigerung, Konkurs, Enteignung) erfolgen; soweit sie freiwillig erfolgen, können ihnen die verschiedensten Causalgeschäfte[91]) (Kauf, Tausch etc.) zugrundeliegen.

Die behandelten Rechte zeigen in dieser Beziehung weder eine einheitliche noch erschöpfende Gesetzesregelung: Teils sind in den materiellrechtlichen Mietbestimmungen der Codifikationen freiwillige und unfreiwillige Veräußerungen (gleichmäßig oder ungleichmäßig) geregelt, teils hat die unfreiwillige Veräußerung in prozessualen Nebengesetzen ihren Platz gefunden, teils hat sie sondergesetzliche Behandlung erfahren.

In der Regel ist in den einzelnen Gesetzen das Grundgeschäft nicht erwähnt; es wird schlechthin nur von Veräußerung gesprochen und damit zum Ausdruck gebracht, daß jedweder Vertragstypus genügt, sofern er eben nur einen wirksamen Eigentumsübergang mit sich bringt. Dies geschieht ganz mit Recht, denn wesentlich und das Schutzbedürfnis begründend ist eben die Tatsache des Eigentumsüberganges.[92]) Lediglich der C. c. beschränkt sich seinem Wortlaut nach auf die kaufweise Veräußerung.

Hinsichtlich der einzelnen Rechte ist folgendes zu bemerken:

a) *α*) Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, das ein typisches Causalgeschäft nicht erwähnt und schlechthin an den Vorgang irgendeiner Veräußerung anknüpft, regelt in seinen Bestimmungen über die Miete nur die freiwillige Veräußerung.

β) I) Eine Frage der Analogie ist es, ob von Veräußerung auch dann zu sprechen ist, wenn der Eigentümer sein Eigentum nach der Vorschrift des § 928 aufgibt und der Fiskus sich als Eigentümer eintragen läßt. Ein solcher Eigentumsübergang ist nicht als Übertragung, nach deutschem Rechtsgrundsatz also auch nicht als Veräußerung zu betrachten; dennoch ist der absolut herrschenden Ansicht

[88]) Vgl. schon Heuberger § 35 Nr. 1 und Hafner zu Art. 281; ferner Oser und Beetschen a. a. O.

[89]) (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1331, wo Nießbrauch, Gebrauchs- und Wohnrecht erwähnt werden.. Dort finden sich auch gewisse, den Grundsatz aber unberührt lassende Einschränkungen.

[90]) Ehrenzweig § 370, III. 2, der den Fruchtnießer, Gebrauchs- und Wohnungsberechtigten nennt.

[91]) Bei Gebrauch dieses Ausdruckes muß aber nochmals darauf verwiesen werden, daß das französ. Recht rechtsgrundsätzlich das Verpflichtungs- und das Verfügungsrecht in der Weise vereinigt, daß bereits das Causalgeschäft als solches die dingliche Wirkung erzeugt. Vorbehaltlich dieser Tatsache dürfte es aber in diesem Zusammenhange angängig sein, von einer kaufweisen, tauschweisen, schenkungsweisen Veräußerung zu sprechen.

[92]) Prägnant sagt das Klang, Komm. zu § 1120 ABGB II B 1a.

beizutreten und die analoge Anwendung des § 571 auf diesen Fall zu befürworten, da keine bedeutsamen Bedenken entgegenstehen und auf diese Weise einem rechtlichen Bedürfnis entsprochen wird.[93] [94])

II) Hingegen handelt es sich um Gesetzesauslegung, wenn man sich fragt, ob § 571 dBGB auch dann Anwendung findet, wenn ein eingetragener Nichteigentümer das von ihm vermietete Grundstück veräußert und der Erwerber infolge guten Glaubens wirksam Eigentum erwirbt. Auch hier spricht sich die in Deutschland herrschende Lehre in bejahendem Sinne aus.[95])

---

[93]) Ennecc. I, 2 § 355 Anm. 4.

[94]) Da der Text hier nur deutsches Recht behandelt, sei in Parenthese ergänzend erwähnt, daß diese Frage in den übrigen drei Rechten sicher nicht vom Gesetz, nach unserer Nachprüfung aber auch nicht von der Doktrin angeschnitten wird. Es ist folgendes festzuhalten.

I. Wie in Deutschland, so kann auch in der Schweiz (nach der stark einschränkenden Doktrin) ein solcher Eigentumsübergang nicht als Veräußerung im Sinne der Art. 259/60 OR betrachtet werden. Dennoch dürften hinsichtlich deren analoger Anwendung die gleichen Erwägungen gelten wie für das deutsche Recht. — Im übrigen ist hervorzuheben, daß zur Dereliktion Löschung des alten Eigentümers und zur Okkupation Eintragung des Okkupanten im Grundbuch erforderlich ist: im Gegensatz zu Deutschland gesteht die Schweiz grundsätzlich jedem das Recht zu, zu okkupieren; der Fiskus ist nicht vorberechtigt (vgl. hierzu, insbes. auch wegen der verschiedenen erforderlichen Einschränkungen: Komm. zum Schweiz. Zivilgesetzbuch herausgegeben von Egger, Escher, Haab, Oser und Schönenberger, IV. Bd.; Das Sachenrecht von Robert Haab. 2. Aufl.; 3. Lief. zu § 658, I, II/1—2).

II. Auch für Österreich wird man sich in diesem Falle zur Anwendung der Schutzvorschriften entschließen können, umsomehr als dort wegen des Veräußerungsbegriffes keine Bedenken bestehen; es bedarf also keiner Analogie. Allerdings ist im Hinblick auf § 316 ABGB bestritten, ob Grundstücke überhaupt derelinquiert werden können (dafür mit eingehender Begründung Klang I, II zu § 387).

II. Für Frankreich bestehen wegen des Veräußerungsbegriffes jedenfalls auch keine Bedenken. Eher könnte die Anwendung des Art 1743 schon deshalb zweifelhaft sein, weil der C. c. für die Dereliktion eine ganz besondere Regelung trifft: Es gibt für den Aufgabeakt selbst keine gesetzlichen Vorschriften, sondern löst in den Art. 539, 713 lediglich die Besitz- und Eigentumsfragen einmal vorhandener derelinquierter Sachen. Danach ist der Staat ipso iure Eigentümer von herrenlosen Grundstücken, ohne daß es eines besonderen konstitutiven Erwerbsaktes bedarf (vgl. dazu Stulz: Artikel „Aneignung" im 2. Bd. des Rechtsvergleichenden Handwörterbuchs). Befürwortet man also die Anwendung des Art. 1743, so macht man damit zwangsläufig den Staat zum Vertragspartner. Trotz dieser bedenklich stimmenden Konsequenz dürfte Art. 1743 anwendbar sein, weil sich aus dem Gesetz keine entgegenstehenden Gründe ergeben.

[95]) Ennecc. I, 2 § 355 Anm. 5 und Text dazu. Gegenüber dem Eigentümer, der Berichtigung erwirkt, ist der Mieter nicht geschützt. Sh. auch Ennecc.-Lehmann § 132 Anm. 4 u. Text dazu.

Auch diese Frage wird in den anderen Rechten, soweit sie hinsichtlich der Übereignung unbeweglicher Sachen mit dem deutschen Recht überhaupt in Parallele gesetzt werden können (Schweiz, Österreich) nur vereinzelt berücksichtigt; ihre Überprüfung überschreitet den Rahmen dieser Abhandlung.

γ) Die unfreiwillige Veräußerung ist im dBGB nicht geregelt. Für sie gilt folgendes:

I) Handelt es sich um eine Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung, so wandelt sich der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" in sein Gegenteil um. Zwar findet (was unbestritten sein dürfte) auch hier ein Eintritt statt, aber der Erwerber kann bereits innerhalb der gesetzlichen Fristen kündigen und der Mieter ist dann auf einen Schadensersatzanspruch angewiesen, ZVG §§ 57, 57 a. Mit Recht sagt Enneccerus, daß in Wahrheit also, freilich mit einer Milderung, der Satz „Kauf bricht Miete" gelte. [96])

II) Fällt nach Überlassung der Mietsache [97]) der Vermieter in Konkurs, so ändert sich zunächst nichts; der Konkurs ist kein Kündigungsgrund. [98]) Veräußert der Konkursverwalter im Verlaufe des Konkurses das Grundstück, so gelten die Grundsätze des Zwangsversteigerungsrechtes, d. h. der Erwerber kann innerhalb der gesetzlichen Fristen kündigen. KO § 21 Abs. 3, ZVG §§ 57, 57 a.

III) Die Enteignung des Grundstückes ist keine Veräußerung im Sinne des § 571 dBGB. Nach den landesgesetzlichen Vorschriften, die hier mangels eines Reichsenteignungsgesetzes eingreifen, ist in der Regel lediglich der Eigentümer (Vermieter) berechtigt, Sachentschädigung zu fordern, und zugunsten von Nutzungsberechtigten, Pächtern und Mietern entstehen grundsätzlich nur Ausgleichsforderungen gegen den Enteigneten. [99])

b) Die ergänzungsbedürftigste Regelung enthält das französische Recht:

Allgemein ist zunächst zu sagen, daß bei restriktiver Erfassung des Art. 1743 C. c. der Satz „Kauf bricht Miete" nur Anwendung finden könnte, wenn die Sache verkauft wird.

Es ist in Frankreich anerkannten Rechtes, daß der Art. 1743 extensiv ausgelegt werden muß. [100]) Der Gesetzgeber hat in dieser Bestimmung nur den Regelfall berücksichtigt; eine bewußte und gewollte Beschränkung auf den Fall des Verkaufes war damit nicht

---

[96]) Ennecc. § 356. I. Seine Auffassung teilt auch v. Gierke III § 197 I, 6k. Bei weiteren Schriftstellern finden sich auch Einzelheiten. Das Ganze ist eine klar erkennbare Parallele zum österreichischen Recht, das diese Lösung gewissermaßen als Regelfall kennt. Vgl. auch Beetschen a.a.O. S. 27.

[97]) Kisch, Grundriß, § 16 spricht für diesen Fall von „angetretener Miete". War die Mietsache noch nicht überlassen, so hat der Konkursverwalter ein Wahlrecht gemäß § 17 KO. Wählt er Nichterfüllung, so ist der Mieter schadensersatzberechtigt (Konkursforderung).

[98]) Jaeger, Komm. zur Konkursordnung zu § 21/II Anm. 3. Kisch § 16, II, 1.

[99]) So z. B. das preuß. Gesetz vom 11. 4. 1874. Vgl. dazu ausführlich Wolff, Sachenrecht, § 64 III—IX, insbes. V, wo dargelegt wird, wann zugunsten des Mieters u. U. doch eine unmittelbare Forderung gegen den Unternehmer entsteht. S. auch die bei Wolff zitierten RGE 74, 367; 86, 186.

[100]) Planiol-Ripert; T. X n° 648 p. 829.

beabsichtigt.[101]) Deshalb wird auch die Erweiterung von Theorie und Praxis in reichem Maße durchgeführt:

α) Für den Fall freiwilliger Veräußerung wird nicht nur der Kauf als Erwerb im Sinne des Art. 1743 angesehen, sondern man rechnet auch andere Veräußerungsarten hierher. Erwerber ist deshalb z. B. auch der Tauschende (échangiste), und nichts anderes gilt für den Beschenkten (donataire), da es gleichgültig ist, ob der Erwerb entgeltlich (à titre onereux) oder unentgeltlich (à titre gratuit) eingetreten ist.[102]) Die französische Rechtslehre gibt hier in der Regel eine mannigfaltige Kasuistik,[103]) deren Gesamtergebnis praktisch einer Angleichung an die drei übrigen Rechte entspricht, die schlechthin von Veräußerung sprechen.[104])

β) Im Gegensatz zum deutschen Recht regelt sich auch die unfreiwillige Veräußerung in der Hauptsache nach den Vorschriften des C. c. Dabei wird im Falle eines Zwangsverkaufes[105]) der Ersteigerer schlechthin als Erwerber im Sinne des Art. 1743 angesehen: L'acquéreur sur expropriation forcée doit respecter le bail à date certaine aussi bien que l'acquéreur amiable.[106]) Allerdings steht den betreibenden Gläubigern (créanciers) und dem Ersteigerer (l'adjudicataire) das Recht zu, fraudulöse Vertragsabschlüsse mittels der actio Pauliana (Art. 1167 C. c.) anzufechten, und nach Art. 684 C. c. proc. haben sie im besonderen einen Anspruch auf Annullierung von Mietverträgen, die erst nach Einleitung des Zwangsverkaufes ein sicheres Datum erlangt haben. Dies ist nur ein Spezialfall der allgemeinen actio Pauliana, wobei aber — im Gegensatz zu Art. 1167 — der Kläger des Beweises der Benachteiligungsabsicht enthoben, und die diesbezügliche Entscheidung ausschließlich in die Hand des Richters gelegt ist, der bei vorliegendem Antrag zwar annullieren kann, aber nicht annullieren muß.[107])

Überschuldung und Insolvenz des Vermieters (état de déconfiture) läßt den Mietvertrag allein schon deswegen unberührt, weil das französische Recht an einen solchen Zustand nicht besondere rechtliche Folgen knüpft. Es kennt kein allgemeines Generalexekutionsverfahren und regelt den Konkurs lediglich im Handelsrecht unter ausdrücklicher Beschränkung auf Kaufleute. Ein sich an den Vermögensverfall anschließender Zwangsverkauf regelt sich

---

[101]) Périer p. 108; Zachariae-Crome § 349 Anm. 31 (nicht ausdrücklich, sondern beiläufig).

[102]) Dieser Unterschied war vor dem Inkrafttreten des C. c. von Bedeutung. Planiol II n° 1741 p. 586.

[103]) Hervorzuheben sind die Ausführungen von Colin-Cap. II p. 522 und besonders die von (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1325.

[104]) In dieser Allgemeinheit ist das ausgesprochen bei Seng § 18.

[105]) Expropriation forcée: Dieser allgemein gefaßte Ausdruck findet sich im C. c. Die besondere Bezeichnung für die Immobiliarbeschlagnahme lautet saisie immobilière.

[106]) (Baudry-Lac)-Wahl n° 1325.

[107]) (Baudry-Lac)-Wahl n° 1333, 4.

nach den allgemeinen, bereits dargelegten Grundsätzen, d. h. der Mietvertrag bindet den Ersteigerer wie im Falle freiwilliger Veräußerung.

Eine aus Gründen des öffentlichen Nutzens (pour cause d'utilité publique Art. 545) enteignete Sache wird einer untergegangenen Sache (chose périe) gleichgeachtet.[108]) Art. 1743 greift nicht ein. Aber die Bestimmungen des Enteignungsgesetzes vom 3. Mai 1841 kommen zur Anwendung. Dabei ist bemerkenswert,[109]) daß die grundlegende Bestimmung des Art. 18 nur vom Wegfall dinglicher Rechte spricht und die Mietverträge nicht mit aufzählt. Indessen ist ihr Wegfall eine sich aus dem Wesen und dem Zweck der Enteignung ergebende Konsequenz,[110]) und es ist deshalb verständlich, daß der Gesetzgeber diese Rechte erst in den Bestimmungen über die Art und Weise der Entschädigung berücksichtigt hat. Nach diesen (vgl. Art. 21, 39 des zit. Gesetzes) erhält der Mieter eine bei der Festsetzung der Gesamtentschädigung zu berücksichtigende, von der Vergütung des Eigentümers getrennte Ausgleichsforderung (une indemnité distincte de celle qui est attribuée au propriétaire).[111]) Dieser kann sich der Expropriant nicht entziehen, indem er sich erbietet, den Vertrag fortzusetzen.[112])

c) Für die Schweiz und für Österreich gilt gemeinsam, daß die zugrundeliegenden Gesetze ein bestimmt geartetes Causalgeschäft nicht hervorheben, sondern bereits ihrer Terminologie nach einfach an den Vorgang einer wirksamen und vollendeten Veräußerung anknüpfen.[113])

Hinsichtlich der unfreiwilligen Veräußerung gehen die beiden Rechte indessen verschiedene Wege.

a) Das OR stellt die Entziehung auf dem Wege des Schuldbeitreibungs- oder Konkursverfahrens einer freiwilligen Veräußerung gleich. Findet demnach im Verlaufe oder als Abschluß eines solchen Verfahrens ein Eigentumsübergang statt, so regeln sich die Rechte und Pflichten des Erstehers im Rahmen der Art. 259/60. In Hinblick auf Art. 260 besteht insoweit eine sehr bemerkenswerte Abweichung gegenüber dem deutschen Recht: Trotz gemeinsamen Grundsatzes der beiden Rechte für den Fall unfreiwilliger Veräußerung („Kauf bricht Miete") ist bei vorgemerktem Mietrecht im schweizerischen Recht der Schutz als solcher weitgehender als in Deutschland: er erstreckt sich auf längere und zwar der vollen Vertragszeit entspre-

---

[108]) Planiol, II n° 1735.

[109]) Planiol ebenda Anm. 1 nebst Entscheidung des Kassationshofes vom 16. April 1862.

[110]) Planiol und auch Colin-Cap. II p. 522. Auch ein Schluß e maiore ad minus ist möglich (umfassendes dingliches und schwächeres obligatorisches Recht). So neuerdings für schweiz. Recht Beetschen a. a. O. S. 75.

[111]) Planiol a. a. O.

[112]) Colin-Cap. p. 522 und die dort zitierte Judikatur.

[113]) Vgl. dazu noch Beetschen S. 22, 23.

chende Dauer.[114]) — Für den Fall eines Konkursverfahrens ist noch besonders hervorzuheben, daß die Eröffnung als solche den Mietvertrag unberührt läßt, sie ist kein Entzug[115]) nach Art. 259. Deshalb bleibt, wenn in diesem Zeitpunkt die Mietsache überlassen war,[116]) die Konkursmasse weiter berechtigt und verpflichtet.[117]) Sie wird nicht etwa Erwerber im Sinne des Art. 259. Der Grund dafür ist darin zu suchen, daß die Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners nicht auf die Konkursmasse zu Eigentum übergehen.

Im Falle einer Enteignung bleiben nach Art. 259 Abs. 3 OR „die besonderen Vorschriften über die Wirkung der Enteignung vorbehalten"; dies gilt auch bei vorgemerkten Mietrechten.[118]) Die sich daraus ergebenden Wirkungen bestehen einerseits darin, daß der Expropriant den Vorschriften der Art. 259/60 nicht unterworfen ist, er den Mieter vielmehr unverzüglich austreiben kann. Andererseits äußern sie sich darin, daß der Vermieter nicht schadensersatzpflichtig wird weil die Enteignung als objektive Unmöglichkeit betrachtet wird (Art. 119, Abs. 1 OR). Der Mieter kann aber gegenüber dem Exproprianten unmittelbar einen Entschädigungsanspruch geltend machen,[119]) eine nicht ganz unbedenkliche Regelung, weil zweifelhaft ist, ob der Mieter wirklich als Enteigneter, d. h. als unmittelbar Entschädigungsberechtigter anzusehen ist.[120])

β) Das ABGB bestimmt in § 1121, daß im Falle einer zwangsweisen gerichtlichen Veräußerung das Bestandrecht gleich einer Dienstbarkeit zu behandeln ist. Dies besagt zunächst, daß der Bestandnehmer, dessen Recht nicht verbüchert worden ist, dem Ersteigerer stets weichen muß, wenn auch erst nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist (insoweit also übereinstimmende Regelung in Deutschland, Österreich und in der Schweiz). Für das verbücherte Bestandrecht ergibt sich im Zusammenhang mit den §§ 150, 221 der österreichischen Exekutionsordnung aus § 1121, daß der Ersteher „bald ohne, bald gegen Anrechnung auf das Meistbot, unter Umständen überhaupt nicht übernehmen"[121]) muß. Bei Befreiung von der Übernahme nutzt also auch die Verbücherung nichts; es muß, wie bei

[114]) Beetschen S. 73. Ob und inwieweit es von Bedeutung ist, daß die erweiterte Schutzwirkung gerade infolge der Vormerkung eintritt, wird noch an anderer Stelle zu berücksichtigen sein. Vgl. unten S. 48 ff.

[115]) Dies ist nicht unbestritten. Vgl. Beetschen S. 26 Anm. 10 und die dort zitierten.

[116]) War die Sache noch nicht überlassen, so hat die Konkursmasse ein Wahlrecht: Entweder Erfüllung oder Zahlung von Schadensersatz als Konkursforderung. Diese — mit dem deutschen Recht übereinstimmende — Auffassung ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz, ist aber herrschende Lehre. Vgl. Jäger Bundesgesetz betr. Schuldbeitreibung und Konkurs II zu Art. 211 Anm. 5 b *β*.

[117]) Jäger am zitierten Ort.

[118]) Beetschen a. a. O. S. 76.

[119]) h. L.! Vgl. Oser zu Art. 259 IV (26); Beetschen S. 76 und Entscheidung des Bundesgerichts Bd. 21 S. 401.

[120]) Vgl. unten Anm. 4.

[121]) Mayr § 377, 3 c.

unverbücherten Bestandverträgen lediglich die gesetzliche Kündigungsfrist eingehalten werden — eine festzuhaltende, bemerkenswerte Abweichung gegenüber dem schweizerischen Recht. Eine Übereinstimmung mit letzterem ist hingegen insofern vorhanden, als bei vorliegender Übernahmeverpflichtung des Erstehers auch nur die volle Vertragszeit gilt. Ist der Vertrag nicht zu übernehmen, so kann sich der Bestandnehmer nur an den Bestandgeber halten; dies gilt auch für die (gerichtliche oder außergerichtliche) Veräußerung im Konkurse, da § 24 KO bestimmt, daß jede im Konkurs erfolgende Veräußerung der Bestandsache auf das Bestandverhältnis die Wirkung einer notwendigen Veräußerung ausübt.[122])

Die Enteignung erfährt, soweit es sich um die Anwendung der Schutzvorschriften handelt, im österreichischen Recht dieselbe Behandlung wie im deutschen und schweizerischen Recht. Die Anwendung der Schutzvorschriften wird verneint, der Bestandnehmer nicht im eigentlichen Sinne „geschützt". Im übrigen wird aber (wie in Deutschland) der Bestandnehmer im Anschluß an die §§ 5, 22, 25, 34 des Eisenbahnenteignungsgesetzes immer als mittelbar Beteiligter, also auch als mittelbar Entschädigungsberechtigter behandelt, der sich seinerseits nur an den unmittelbar Enteigneten halten kann.[123])

2. Um eine unbillige Härte gegenüber dem Erwerber zu vermeiden und den Schutz des Mieters nicht weiter auszudehnen als es notwendig ist, schreiben alle vier Rechte bezüglich der Mietverträge Publizität vor.

Das elementarste Publizitätsmittel ist die Innehabung, der Besitz der zu veräußernden Sache; weitere Mittel bestehen in dem Erfordernis formellen Vertragsabschlusses und in der Aufnahme in öffentliche Bücher oder Register.

a) Als einziges der vier Rechte benutzt das deutsche Recht den Besitz als Publizitätsmittel, indem § 571 Abs. 1 dBGB bestimmt, daß der Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag stattfinden soll, wenn das vermietete Grundstück nach der Überlassung veräußert wird. Das Gesetz setzt also voraus, daß dem Mieter vor der Veräußerung Besitz übertragen worden ist; war das vermietete Grundstück im Zeitpunkt der Veräußerung noch nicht überlassen, so greifen die §§ 571, 77 nur Platz, wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen besonders übernommen hat.

Wenn behauptet wird,[124]) daß ein Überlassen im Sinne des § 571 schon dann vorliege, wenn das Grundstück zur Inbesitznahme zur Verfügung gestellt wird, so liegt darin eine Verkennung des Sin-

[122]) Mayr § 377, 3c; Ehrenzweig § 370, 3. Ferner Partsch-Pollak, Konkurs- und Ausgleichsordnung 2. Aufl. zu den §§ 23, 24, insbes. Anm. 37. Die Konkurseröffnung ist auch hier ohne Bedeutung. Zu bemerken ist, daß Partsch-Pollak die Schadensersatzforderung als Masseforderung behandeln.

[123]) Mayr Sachenrecht § 211 Nr. 5.

[124]) Romeick S. 56.

nes der Bestimmung, die in der faktischen Besitzergreifung das sicherste und daher von ihr gewählte Publizitätsmittel sehen will.[125]) Wenn hingegen die überwiegende Lehre und die Rechtsprechung in Deutschland dahin entscheiden, daß Fortdauer des Besitzes zur Zeit der Veräußerung nicht erforderlich sei,[126]) so ist das — wenn nicht gar eine Inkonsequenz — so doch jedenfalls gegenüber dem Ausgangspunkt eine Abschwächung, die immerhin bedenklich erscheint, da ja gerade der Erwerber an der fortdauernden Offensichtlichkeit interessiert ist.[127])

b) α) Der Art. 1743 C. c. gebraucht als Publizitätsmittel nicht den Besitz und — mit einer Ausnahme[128]) — auch nicht die Aufnahme des Mietrechtes in öffentliche Register. Vielmehr stellt er, wenn der Mietvertrag dritten Erwerbern entgegensetzbar sein soll, auf das Erfordernis formellen Vertragsabschlusses (bail authentique) oder auf den Beweis eines sogenannten sicheren Datums ab.[129]) Insoweit wird man Art. 1743 als eine reine Publizitätsvorschrift auffassen können; er legt in Abweichung von der allgemeinen Vorschrift des Art. 1714, nach der Mietverträge mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden können, nur schriftliche Verträge zugrunde (bail authentique oder Privaturkunden, denn nur solche können ein sicheres Datum erlangen Art. 328 C. c.) und schließt jeden anderen Beweis aus. Insbesondere werden die Erfordernisse des Art. 1743 nicht durch die Kenntnis des Erwerbers von Existenz und Inhalt (vor allem der Dauer) des Mietvertrages ersetzt.[130]) Dies ist in seiner Gesamtheit nicht unbestritten, heute aber herrschende Theorie und Praxis.[131])

Für die Rechtsvergleichung von besonderem Interesse ist der Umstand, daß es die französische Rechtslehre vereinzelt mit den angeführten Erfordernissen nicht genügen läßt, sondern darüber hin-

[125]) Ennecc. I, 2 § 355 Anm. 6.; Ennecc.-Lehmann § 132 Anm. 5.

[126]) Mitteis, 2 Fragen S. 37; Ennecc. § 355 Anm. 7; OLG Entscheidungen 11 S. 144.

[127]) In diesem Sinne Hellwig, Verträge S. 424 und neuerdings Löning, der offenbar dieselben Bedenken hat, wenn er fragt: „Wie soll Erkennbarkeit vorliegen, wenn der Besitz nicht noch andauert?"

[128]) Vgl. Loi sur la transcription en matière hypothécaire 23 mars 1855. Art. 2e: Sont également transcrit . . . . 4e Les baux à une durée de plus de 18 années.

[129]) Näheres über den "bail, dont la date est certaine", insbesondere auch über die Erlangung des „sicheren Datums" (enregistrement etc.) bei Colin-Capifaut II p. 214 s.

[130]) So insbes. Aubry et Rau t. IV n° 1369. Speziell dagegen Laurent XXV n° 390; Guillouard I n° 363.

[131]) Vgl. zum ganzen (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1282 p. 740, die dort zitierten Schriftsteller und auch die dort angegebene Judikatur. Hervorzuheben ist insbes. die abweichende Ansicht von Zach.-Crome § 349 Anm. 30 a, nach der Art. 1743 nicht ein Spezialfall des Art. 1328 ist und deshalb hinsichtlich des sicheren Datums auch andere zulässige Beweismittel genügen.

aus verlangt, daß sich der Mieter zur Zeit der Veräußerung im Besitz der Sache befinden müsse.[132] [133]) Man stützt sich dabei auf eine Wortinterpretation, indem man sagt, das Gesetz spreche von „expulser", ausgetrieben könne aber nur jemand werden, der sich im Besitz befinde.

Diese Auffassung dürfte indessen nicht haltbar sein.[134]) Es liegt auch hier so, daß der Gesetzgeber den häufigsten und regelmäßigsten Fall herausgegriffen und ihn bei der Gesetzesabfassung zugrundegelegt hat. Es handelt sich insoweit nur um eine beispielhafte Aufzählung.[135]) Auch ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Absicht, zwei Publizitätsmittel (Schriftform und Besitz) zu verlangen, deutlicher zum Ausdruck gebracht hätte.[136]).

β) Sind die Voraussetzungen des Art. 1743 nicht erfüllt, so treten dessen Schutzwirkungen zugunsten des Mieters nicht ein. Und es gilt im Prinzip dasselbe, wenn zwar ein formgerechter Vertrag im Sinne des Art. 1743 vorliegt, in diesem aber für den Fall der Veräußerung des Grundstückes eine Klausel enthalten ist, die eine Austreibung durch den Erwerber für zulässig erklärt.

I) Was zunächst diesen Fall angeht,[137]) so geben die Art. 1744 — 1750 eine eingehende Regelung, über die folgendes festzuhalten ist:

aa) Die Austreibung des Mieters ist nicht eine mit Abschluß des Veräußerungsvertrages ipso iure eintretende Folge. Die Klausel gibt dem Erwerber nur das Recht zur Austreibung, die Ausübung dieses Rechtes ist indessen in sein Belieben gestellt. Er kann auch auf Fortsetzung des Mietvertrages bestehen. Dem Mieter steht nicht das

---

[132]) Duranton, Cours d. dr. f. t. XVI § 139: Delvincourt, t. III p. 200. Von neueren Schriftstellern ist auf Colin-Cap. II. p. 522 zu verweisen, der sich dieser Lehre zwar nicht unumwunden anschließt, aber die Ansicht, die keinen Besitz verlangt, als „immer noch gefährlich" bezeichnet (cette solution ne laisse pas d'être dangereuse), da keine genügende Publizitätswirkung eintrete.

[133]) Über die (rechtlich anders geartete) Bedeutung dieser Frage bei der Veräußerung einer beweglichen vermieteten Sache siehe unten § 4.

[134]) h. L.! Laurent XXV n° 393 (eingehend und die geschichtliche Entwicklung kurz berücksichtigend); C. d. Santerre t. VII n° 189 bis V p. 282; Guillouard I n° 367; Zach.-Crome I § 123 Anm. 11; Périer p. 130; von den älteren Schriftstellern Troplong II n° 493. Anderer Ansicht sind Duranton XVII n° 139; Duvergier I n° 281; vgl. auch Seng § 17 S. 54.

[135]) Périer p. 130.

[136]) So insbes. auch Löning S. 110 Anm. 15 b.

[137]) Er wird vorweg behandelt, da die Rechtslehre vereinzelt versucht, die für ihn festgelegten gesetzlichen Bestimmungen teilweise zu verallgemeinern und auch für den Fall heranzuziehen, daß die Voraussetzungen des Art. 1743 überhaupt nicht erfüllt sind.

Recht zu, auf die Klausel Bezug zu nehmen und etwa seinerseits Auflösung des Vertrages zu verlangen.[138])

bb) Das Recht zur Austreibung bedarf keiner besonderen Erwähnung im Veräußerungsvertrag. Es entsteht mit dessen Zustandekommen zugunsten des Erwerbers in jedem Falle.[139]) Dabei wird konstruktionell in der Regel auf Art. 1121 C. c. (stipulation au profit d'un tiers) Bezug genommen[140]) und vereinzelt[141]) hinzugefügt, daß sich umgekehrt auch der Mieter auf eine Vereinbarung beziehen kann, durch die sich der Erwerber bei Abschluß des Vertrages gegenüber dem Vermieter verpflichtet hat, den Mieter trotz der Klausel nicht auszutreiben.

cc) Auch bei vorhandener Klausel ist eine sofortige Austreibung nicht möglich. Vielmehr schreibt Art. 1748 vor, daß der Erwerber die ortsüblichen Kündigungsfristen einhalten muß. Macht der Erwerber in dieser Form von seinem Austreibungsrecht Gebrauch, so entstehen zugunsten des Mieters Schadensersatzforderungen, deren Umfang durch die Art. 1744—1747 genau bestimmt wird. Solange der Vermieter seinen diesbezüglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, hat der Mieter außerdem ein Retentionsrecht gegenüber dem Erwerber, Art. 1749. Der schlecht redigierte[142]) und nur im Zusammenhang mit Art. 1749 verständliche Art. 1750 hebt überdies noch hervor, daß der Erwerber dann „für keinen Schadensersatz haftet", wenn der Vertrag weder in öffentlicher Form errichtet, noch mit sicherem Datum versehen wurde.

dd) Durch Nichtausübung des Austreibungsrechtes[143]) und durch andere konkludente Handlungen (Zinsentgegennahme) kann ein Verzicht auf die vorzeitige Kündigung zum Ausdruck gebracht werden. Darin liegt im Zweifel die Übernahme des alten Vertrages mit seinem gesamten Inhalt und für seine ganze Dauer.[144]) Die Ansicht, daß sich

[138]) h. L.! Laurent XXV nº 394, insbes. auch die Worte "c'est contre lui (den Mieter) et non en sa faveur que la clause est écrite dans l'acte". Vgl. ferner C. d. Santerre nº 196 bis I p. 285. Allerdings kann die Klausel im Vertrag auch dahin lauten, daß der Mieter ebenfalls vorzeitige Auflösung verlangen kann. Huc nº 344 p. 466. Eine Vermutung für eine solche Vereinbarung besteht aber nicht.

[139]) Ebenfalls herrschende Lehre. Laurent XXV nº 395 p. 439; Aubry-Rau § 370 nº 34. Troplong II nº 511 p. 503 neigt allerdings zur Verneinung; indessen finden sich auch bei ihm die Worte: "tout dépend des circonstances".

[140]) Laurent a. a. O.; Seng S. 61.

[141]) Zach.-Crome II § 349 Anm. 31.

[142]) Laurent XXV nº 400; Huc X nº 347 p. 471.

[143]) Das Gesetz schweigt über die Frist, in der es ausgeübt werden muß. Vgl. Laurent XXV nº 396: nach ihm muß es sofort (das dürfte heißen: sobald der Erwerber kraft Gesetzes dazu in der Lage ist) ausgeübt werden. Vgl. ferner die ausführliche Darstellung bei C. d. Santerre VII nº 196 bis II und besonders die Worte: nous pensons même que le preneur pourrait mettre l'acquéreur en demeure de se prononcer, et lui faire assigner par la justice un delai pour déclarer sa volonté.

[144]) h. L.! Laurent XXV nº 395 p. 440/1; Guillouard I nº 375; Seng a. a. O. S. 61.

dieser Fall hinsichtlich der weiteren Dauer des Vertrages nach Art. 1738 (tacite réconduction) regle,[145]) ist nicht überzeugend und daher auch nicht durchgedrungen: La tacite réconduction suppose un bail qui a cessé de plein droit et qui est renouvellé par le consentement tacite des parties contractantes. Dans notre espèce le bail, loin de cesser continue puisque l'acquéreur est subrogé au vendeur.[146])

II) Findet Art. 1743 deshalb keine Anwendung, weil überhaupt seine Voraussetzungen nicht gegeben sind (le bail a été rédigé sous seing-privé et il n'a pas été enregistré / Colin-Cap. p. 520 /), so ergibt sich daraus folgendes:

aa) Der Mieter kann sofort ausgetrieben werden, d. h. der Erwerber braucht die durch Art. 1736 vorgesehne ortsübliche Kündigungsfrist nicht einzuhalten. Dies ist nicht unbestritten. Vielmehr wird die Meinung vertreten,[147]) daß ganz allgemein der Erwerber an die ortsüblichen Kündigungsfristen gebunden sei. Diese auf Billigkeitserwägungen gestützte Tendenz findet sich teilweise auch in der Rechtsprechung.[148]) Die gegenteilige wohl zutreffende Anschauung[149]) hat aber den Gesetzeswortlaut für sich, der in diesem Falle eine Kündigungsfrist nicht vorschreibt. Art. 1748 kann nicht herangezogen werden, da er offensichtlich nur auf den Fall des Art. 1743 zugeschnitten ist, die Berufung auf reine Billigkeitserwägungen aber zweifellos Bedenken begegnet.[150]) Immerhin verdient dieser Gesichtspunkt im Hinblick auf die Fortentwicklung des französischen Rechts und insbesondere hinsichtlich etwaiger Rechtsangleichung besondere Beachtung: In der Möglichkeit sofortiger Austreibung liegt ohne Zweifel eine gewisse Härte, wenngleich zugegeben werden muß, daß es für den Mieter ja keine sehr weitgehende Belastung ist, ihr durch Beachtung der Formvorschriften zu entgehen. Jedenfalls sind die Anforderungen, die die anderen Rechte in dieser Beziehung an den Mieter stellen, abgeschwächter; das gilt sicher für das schweizerische und österreichische Recht, die eine sofortige Austreibung schon durch den bloßen, nicht qualifizierten Beweis gültigen Vertragsabschlusses ausschließen (darüber noch unten), und es ist wohl auch richtig für Deutschland, wenn man sich vor Augen hält, daß das Erfordernis der Besitzerlangung mit dem typischen Vertragsinteresse

---

[145]) Pothier n° 300; Troplong II n° 506 p. 300. Zutreffend auch Seng S. 61 Anm. 4; ferner Fischer; Soll Kauf Miete brechen? S. 90.

[146]) So Laurent XXV n° 396 bis II. Vgl. auch C. d. Santerre VII No 196 bis II. Ferner Périer p. 153.

[147]) Troplong II n° 505. Ferner C. d. Santerre n° 196 bis III; Colin-Cap. neigt von den neueren Schriftstellern dieser Auffassung zu p. 521. Siehe auch Zach.-Crome II § 349 Anm. 31 a.

[148]) Dalloz 1867, 5, 263 (Montpellier).

[149]) Laurent XXV n° 389. Vgl. auch die Entscheidung des Appellationsgerichtes Köln im Rheinischen Archiv Bd. IX, 1 S. 239; neuere Judikatur bei Planiol-Ripert; t. X n° 649; note 3.

[150]) So insbes. Laurent a. zitierten Orte: "Nous ne connaissons plus . . . etc."

des Mieters geradezu korrespondiert, denn dieser wird im Regelfall sowieso bestrebt sein, möglichst schnell den Gebrauch (Besitz) zu erlangen.

bb) Wird der Mieter ausgetrieben, so stehen ihm gegen den Vermieter Schadensersatzansprüche zu, Art. 1741, 1184 C. c. Das dürfte im Prinzip anerkannt sein. Die gegenteilige Meinung von Baudry-Lacantinerie,[151]) die sich auf Art. 1750 stützt und behauptet, daß auf Grund dieser Bestimmung Schadensersatzansprüche auch gegen den Vermieter ausgeschlossen seien, ist nicht durchgedrungen.[152]) Richtig ist hingegen, daß in der Mehrzahl der Fälle dieser Schadensersatzanspruch illusorisch sein wird, da es dem Mieter in der Regel als Verschulden anzurechnen sein wird, daß er die Registrierung des Vertrages unterließ.[153])

cc) Ist ein Schadensersatzanspruch begründet, so kommt aber dem Mieter auf keinen Fall der Art. 1749 zustatten. Auch dieser umfaßt — wie seine Verweisung auf Art. 1748 zeigt — nur den Fall einer Austreibung auf Grund einer Klausel im Vertrag. Seinen Inhalt verallgemeinern zu wollen, hieße praktisch die Schutzwirkung des Art. 1743 auch auf Verträge ohne sicheres Datum ausdehnen. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein.[154])

c) Für das schweizerische und das österreichische Recht muß unterschieden werden, je nachdem ob sich der gewährte Schutz auf die gesamte Vertragsdauer oder nur auf eine kürzer bemessene Zeit, nämlich die gesetzliche Kündigungsfrist (vgl. OR Art. 259, 267; ABGB §§ 1120, 1116) erstrecken soll.

a) Den letzteren, zeitlich beschränkten Schutz gewähren bekanntlich beide Rechte schlechthin für jeden Mietvertrag, und sie tun es sogar, ohne für das Wirksamwerden dieses Schutzes bestimmte Publizitätserfordernisse aufzustellen.

Dies ist sicher richtig für das schweizerische Recht, da Art. 259 Abs. 1 OR in unmißverständlicher Weise von Veräußerungen spricht, die nach Abschluß des Mietvertrages vorgenommen werden; es ist mithin nicht erforderlich, daß die Miete schon „angetreten", d. h. die Mietsache bereits überlassen worden war, vielmehr genügt der bloße und nicht qualifizierte Beweis gültigen Vertragsabschlusses. Diese eindeutige Fassung des Gesetzes ist in bewußter Abweichung von der früheren Formulierung (altes OR Art.

---

[151]) N° 1294 p. 47. Die richtige Auffassung über den Art. 1750 findet sich bei Laurent n° 400 und bei Périer p. 149/150.

[152]) Périer p. 148 (note 1).

[153]) Planiol II n° 1742 (note 1). Richtig auch insoweit Baudry-Lac. a. zitierten Ort.

[154]) Seng § 21 S. 62.

281 „während der Mietzeit") gerade deshalb gewählt worden, um in diesem Punkte Klarheit zu schaffen.[155])

Für Österreich ist unmittelbar aus dem Gesetzestext allerdings nichts zu entnehmen. Vereinzelte Entscheidungen lassen erkennen, daß die Judikatur der gegenteiligen, dem deutschen Recht entsprechenden Auffassung zuneigt, indem sie für das Eintreten der Schutzwirkungen den Besitz des Mieters zur Voraussetzung macht.[156]) Mehr beiläufig, aber doch mit genügender Entschiedenheit geht die Rechtslehre den entgegengesetzten, mit dem schweizerischen Recht übereinstimmenden Weg.[157]) Wir halten dies für richtig: Der Verzicht auf besondere Publizitätserfordernisse findet für beide Rechte seine innere Rechtfertigung darin, daß bei nicht buchmäßig geschützten Mietrechten grundsätzlich doch „der Kauf die Miete bricht", und der Erwerber nur in beschränktem Maße gebunden bleibt.

β) Vollen, d. h. sich auf die gesamte Vertragsdauer erstreckenden Schutz genießt der Mieter nach schweizerischen und österreichischen Rechtsgrundsätzen nur, wenn sein Recht Aufnahme in das Grundbuch erfahren hat — ein weitgehendes, aber sehr wirksames Publizitätsmittel.

Dabei benutzt das OR für diese Aufnahme die Rechtsform der Vormerkung (vgl. 655, 959 Abs. 1 ZGB), während das ABGB direkt von der Eintragung des Rechtes bzw. des Bestandvertrages selbst spricht (vgl. §§ 1120, 1095).

Für beide Rechte ist bestritten, ob das Mietrecht durch die Aufnahme in das Grundbuch zum eigentlichen dinglichen Rechte wird. Diese für die Schweiz und Österreich vorwiegend grundbuchrechtliche Frage ist deshalb von besonderem Interesse, weil in den Doktrinen des deutschen und französischen Rechtes vereinzelt versucht wird, aus den zugunsten des Mieters eintretenden Schutzwirkungen überhaupt auf eine Dinglichkeit des Mietrechtes zu schließen (vgl. dazu unten S. 45—51, insbe. S. 48—51). Dabei muß beachtet werden, daß im deutschen Recht, dessen vergleichende Heranziehung als eines Rechtes mit Grundbuchprinzip in erster Linie in Betracht kommt, der Miete das Grundbuch verschlossen ist, und daß das französische Recht, das mit seinem Registrierungssystem allerdings eine

[155]) Oser zu Art. 259, II. 2 (7). Vgl. ferner den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. die Revision des Obl.Rechtes (Nachtrag zur Botschaft vom 3. 3. 1905) vom 1. 6. 1909 S. 17 (c). Zum alten Recht Hafner Art. 281.

[156]) Vgl. insbes. die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes vom 9. 10. 1920 ZBl. 40 (1922) S. 162. Ergänzend sei hinzugefügt, daß diese Entscheidung jedenfalls insoweit starken Bedenken begegnet, als sie (in Übereinstimmung mit der Entscheidung vom 26. 9. 1916 ZBl. 34 S. 1009) die Unmöglichkeit der Vermieterleistung infolge der Veräußerung nach § 1447 ABGB behandelt.

[157]) So nunmehr Ehrenzweig § 370, 2 und Anm. 86. Für den Bereich des Konkursrechtes sind Partsch-Pollak Anm. 1 zu den §§ 23, 24 derselben Ansicht.

Sonderstellung einnimmt,[158]) die Transkription der Miete nur als exzeptionellen Fall kennt.[159])

II. Hauptwirkung der Schutzbestimmungen; juristische Konstruktion; Wirkungen im einzelnen.

1) Typischer Zweck; Hauptwirkung in den einzelnen Rechten.

Der Zweck der hier darzustellenden Bestimmungen ist der Schutz des Mieters gegenüber der „Vereitelung der Realerfüllung seines Anspruches durch Veräußerung der Mietsache".[160]) Das typische Interesse des Mieters geht eigentlich auf Erhaltung der bestehenden Rechtslage.[161]) Da jedoch keines der Rechte dem vermietenden Eigentümer für die Dauer der Mietzeit eine Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der Mietsache auferlegt hat, sind anderweitig folgende Lösungen durchgedrungen:

a) Alleiniger Vertragspartner wird nach unmißverständlichem Gesetzeswortlaut der Erwerber nach deutschem Recht. In seiner Person und nur in ihr entstehen nach erfolgter Veräußerung in Zukunft[162]) die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten; er wird Alleinvermieter, § 571 Abs. 1 dBGB. Dieser Subjektwechsel in der Person des Vermieters vollzieht sich — unbeschadet abweichender Parteienvereinbarung[163]) —

[158]) Grundlegendes über den Unterschied von Grundbuch und Registrierungssystem findet sich bei Martin Wolff SR § 26 insbes. Anm. 8. Dort wird — eine auch für den obigen Zusammenhang geltende Feststellung — insbesondere hervorgehoben, daß der Registrierung in Frankreich nur beschränkte Bedeutung zukommt; sie ist nur erforderlich zur Wirkung gegen Dritte, nicht zur Übertragung des Rechtes selbst. Ebenso Wolff; 1. Aufl. an gleicher Stelle.

[159]) Bei Mietverträgen mit längerer als 18jähriger Dauer. Siehe oben S. 32 Anm. 5.

[160]) Seng S. 53.

[161]) Man mag das „Erhaltungsinteresse" nennen. Dabei muß aber berücksichtigt werden, daß die moderne Rechtswissenschaft (eingehend Löning S. 6 ff.) das Erhaltungsinteresse gerade als Kennzeichen eines Sachenrechtes im Gegensatz zum obligatorischen Recht bewertet. Als dingliches Recht ist aber die Miete in keinem der vier Rechte ausgestaltet (darüber noch unten). Indessen wird man sich darüber klar sein müssen, daß das Vorhandensein eines Erhaltungsinteresses allein noch nicht notwendig zum Schluß auf ein dingliches Recht zwingt, sondern daß es darauf ankommt, wieweit ein vorhandenes Erhaltungsinteresse den Gesetzgeber veranlaßt hat, Rechte ihrer Form und systematischen Stellung nach dinglich zu gestalten. Eine andere Frage ist es, wieweit eine wissenschaftliche Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, daß ein vorhandenes Erhaltungsinteresse vom Gesetz nicht genügend gewürdigt und deshalb das Postulat gerechtfertigt ist, ein obligatorisch geformtes Recht in ein dingliches umzugestalten. Vgl. dazu besonders die Abhandlung von Löning.

[162]) Ennecc. I, 2 § 355, II, 2.

[163]) Die Frage nach deren Zulässigkeit, d. h. danach, ob die Schutzvor-

kraft Gesetzes und insbesondere ohne Einwirkungsmöglichkeit für den Mieter, der dieses Eintreten eines neuen Vermieters weder fördern noch hindern kann. Dessen Verpflichtung wird ohne Mitwirkung des Mieters (Gläubigers) auf den neuen Erwerber abgewälzt. Diese singuläre, von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichende Regelung erfährt aber eine ausgleichende Ergänzung: Kraft Gesetzes haftet der bisherige Vermieter als selbstschuldnerischer Bürge für allen Schaden weiter, der dadurch entsteht, daß der Erwerber die Verpflichtungen aus dem Mietvertrage nicht erfüllt, § 571 Abs. 2 Satz 1; allerdings kann er dem Mieter von der Veräußerung Mitteilung machen und sich auf diese Weise, wenn nicht der Mieter das Mietverhältnis für den ersten zulässigen Termin kündigt, von der Haftung befreien, § 571 Abs. 2 Satz 2.

b) Der Code civil ist — wie bereits erwähnt wurde — in dieser Beziehung lediglich negativ gefaßt, indem er bestimmt, daß der Erwerber den Mieter nicht austreiben kann, Art. 1743. Indessen kommt die ergänzende Interpretation, die die französische Rechtsprechung und Wissenschaft dieser Bestimmung zuteilwerden lassen, der im dBGB zum Ausdruck kommenden Rechtsauffassung nahezu gleich, zumindest sehr nahe: "Le preneur continue sa jouissance, il devient débiteur et créancier de l'acquéreur" [164]) oder auch "l'acquéreur est tenu de toutes les obligations de son vendeur en tant que bailleur, de mème qu'il succède à tous ses droits". [165]) Wichtig ist dabei, daß sich diese Anschauung auch dahin bekennt, daß die "Subrogation" des Erwerbers eine zwangsläufige gesetzliche Folge ist, deren Eintritt vom Willen des Mieters unabhängig ist; er kann sich ihr nicht entziehen: Ce n'est pas seulement au profit du locataire qu'il faut établir la persistance du bail après l'aliénation de l'immeuble, c'est aussi contre lui. Il ne peut pas être privé de son droit au bail, mais réciproquement il ne peut pas se prétendre dégagé de ses obligations. Il est lié envers le nouveau propriétaire comme vers l'ancien. [166]) Dabei kann nach der Stellungnahme des französischen Schrifttums und der zitierten Entscheidung kein Zweifel darüber bestehen, daß sich nach der Veräußerung der typische Anspruch des Mieters aus dem Mietverhältnis (Gebrauchsgewährung) nicht mehr gegen den bisherigen Vermieter, sondern allein gegen den Erwerber richten soll. Sein Eintritt ist ein „Andiestelletreten": L'acquéreur prend la place du bailleur, il

---

schriften zwingenden oder nachgiebigen Rechtes sind, wird im allgemeinen bejaht und soll hier nicht besonders angeschnitten werden.

[164]) So Laurent XXV n° 392; grundlegend ist insbes. auch die dort zitierte Entscheidung: Rouen 15 mars 1869 (Dalloz 71, 2, 78). Vgl. ferner C. d. Santerre VII, n° 189 bis II; Guillouard I, n° 28 und die abweichende Ansicht von Seng S. 52 ff.

[165]) Périer p. 165.

[166]) C. d. Santerre VII n° 189 bis II.

succède à ses droits et il est tenu de ses obligations;[167]) vgl. auch die der zitierten Entscheidung entnommenen Worte: "Attendu que la loi a subrogé l'acquéreur en lui imposant l'accomplissement d'une obligation personelle de celui-ci envers le preneur".[168]) Und es ist schließlich nur die letzte Konsequenz aus dieser in Frankreich schon immer herrschenden Lehre, wenn durch Colin-Capitant hinsichtlich der weiteren Folgen dieses Eintrittes des Erwerbers in die aktive und passive Seite des Schuldverhältnisses die Zulassung (admission — Aufnahme, Übernahme) der deutschen Rechtsgedanken empfohlen wird: "Que décider pour les autres obligations du bailleur et ainsi pour ses droits à l'égard du preneur? Ici le C. c. allemand (art. 571) contient cette règle de principe que le tiers acquéreur est subrogé aux droits et obligations du bailleur résultant du bail ou s'y attachant . . . . Nous croyons que ces diverses solutions doivent être admises en Droit Français parce qu'elles sont conformes à l'intention probable des parties dans l'accord de volontés sous-entendu entre bailleur et acheteur lors de la vente".[169]) Dieser Vorschlag einer Angleichung an deutsche Rechtsgedanken erscheint besonders deshalb interessant und gerechtfertigt, weil das deutsche Recht in seiner Grundidee (Kauf bricht nicht Miete) gerade auf französischrechtlichen Einfluß zurückgeht. Der Entwurf I § 509 stand noch auf gegenteiligem Standpunkt. Erst in der II. Kommission drang der jetzt geltende Rechtsgedanke durch, und zwar gerade infolge der scharfen Kritik, die dem Entwurf I § 509 im Rheinland und in Baden, also in Gebieten zuteil wurde, für die im wesentlichen französisches Recht galt.[170])

Unklar bleibt nach dem C. c. indessen die Stellung des bisherigen Vermieters (Veräußerers). Dies gilt sicher hinsichtlich des Gesetzestextes, der in dieser Beziehung völlig schweigt, es ist aber im wesentlichen auch richtig für die dem Art. 1743 zuteil werdende Interpretation: Allerdings scheint Laurent aus dem Eintritt des Erwerbers die volle Konsequenz ziehen, d. h. völlige Entlassung des Veräußerers befürworten zu wollen: ". . . . . tandis que le vendeur, devenu étranger à la chose, devient naturellement étranger à celui qui l'occupe".[171]) Auch Périer dürfte hierher zu rechnen sein, wenn er — bei der Besprechung der juristischen Konstruktion der Schutzbestimmungen — die Rechtsform des Vertrages zugunsten Dritter gerade deshalb für schwer verwendbar erklärt, weil dabei der Verkäufer als Stipulant von seinen Vertragspflichten

[167]) Laurent XXV n° 392 p. 436.
[168]) Périer p. 165 note 2.
[169]) Col.-Cap. II p. 523 (3e).
[170]) Ennecc. I, 1 § 9 III u. I, 2 § 355 Anm. 2. Ennecc.-Lehmann § 132 Anm. 1.
[171]) Laurent XXV n° 392 p. 437; vgl. auch Planiol-Ripert; t. X n° 648 p. 830.

nicht befreit, sondern lediglich ein zweiter Schuldner hinzugeschaffen werde.[172])

Aber es finden sich vereinzelt auch andere Erwägungen, so insbesondere bei (Baudry-Lacantinerie)-Wahl, wonach der Mietvertrag auch zwischen den alten Parteien fortbesteht, zwar nicht hinsichtlich der Rechte aber hinsichtlich der Pflichten. Nach dieser Ansicht bestehen vom Zeitpunkt der Veräußerung ab zwei Schuldner, und bezeichnenderweise wird die Begründung dafür darin gesucht, daß sich ein Schuldner nicht einseitig seinen Verpflichtungen entziehen kann, indem er sie auf einen Dritten abwälzt.[173]) Wenngleich in Frankreich, wie insbesondere der Hinweis auf deutsches Recht zeigt, die Entwicklung auf ein völliges Ausscheiden des bisherigen Vermieters hinzudrängen scheint, so muß doch zugegeben werden, daß diese solange gefährlich ist, als nicht ausgleichende Bestimmungen (wie z. B. § 571 Abs. 2 dBGB) den Mieter vor der Nichterfüllung des Erwerbers schützen. Immerhin dürfte aber, wenn man für das geltende Recht eine Weiterhaftung des Vermieters befürworten will, diese nur subsidiärer Natur sein. Hauptverpflichteter soll der Erwerber werden, ihm soll in erster Linie die Erfüllung des Vertrages obliegen, ihm gegenüber hat der Mieter die Rechte aus dem Vertrag geltend zu machen, ihm gebührt der Mietzins. Und nur bei eintretender Nichterfüllung wird unter Umständen eine Schadensersatzpflicht des Veräußerers begründet sein.[174])

c) Für Österreich, insbesondere aber für die Schweiz liegen die Fragen etwas verwickelter.

α) Ihrer Fassung nach zwingen die fraglichen Bestimmungen der beiden Codifikationen nicht zu der Annahme, daß kraft Gesetzes ein Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag erfolgen soll.

Dies ist sicher richtig für das österreichische Recht, denn der § 1120 ABGB besagt nicht mehr, als daß der Mieter erst nach gehöriger Kündigung weichen muß und der § 1095 ABGB äußert sich lediglich dahin, daß sich der Erwerber ein eingetragenes Bestandrecht auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß. Beide Vorschriften sind also so gefaßt, daß man zu der Annahme eines Alleineintritts des Erwerbers nur im Wege der Interpretation gelangen kann.

Aber es ist in der Hauptsache auch zutreffend für das schweizerische Recht. Jedenfalls kann das Belassen in der

[172]) Périer p. 166.

[173]) (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1318 p. 761. 62 unter Berufung auf eine dem Verfasser nicht zugänglich gewesene Entscheidung des Trib. sup. Carlsruhe vom 6. 12. 1895.

[174]) Vgl. dazu auch Oser zu Art. 259 OR II, 3*α* S. 1021 (gegen Beetschen a. a. O. S. 65, 41) und insbesondere Périer p. 168.

Miete gemäß Art. 259 Abs. 2 Satzteil 1 bzw. das Gestatten weiteren Gebrauchs nach Art. 260 nicht ohne weiteres mit einem Eintreten identifiziert werden. Anders verhält es sich allerdings hinsichtlich des Art. 259 II Satzteil 2: Dieser besagt, daß der Erwerber dann als in das Mietverhältnis eingetreten gilt, wenn er die vorzeitige (gesetzliche) Kündigung unterläßt. Im Rahmen und nach dem Wortlaut dieser Bestimmung kann wohl von einem kraft Gesetzes erfolgenden Eintritt gesprochen werden, umsomehr als sich nach heute überwiegender schweizerischer Doktrin das Gesetz insoweit für eine Fiktion und nicht nur für eine widerlegbare Gesetzesvermutung erklärt hat (vgl. dazu noch unten). Indessen muß man sich stets den Ausgangspunkt des Gesetzes vor Augen halten: Der Eintritt wird nicht unmittelbar angeordnet, sondern es wird aus der Unterlassung der an sich zulässigen vorzeitigen Kündigung auf den Willen des Erwerbers zur Fortsetzung geschlossen und vom Gesetz zur endgültigen Klärung der Rechtslage daraus die richtige Konsequenz gezogen, indem eine darauf gerichtete Erklärung als unwiderruflich abgegeben angesehen wird. Dieser gegenüber dem deutschen Recht abweichende Ausgangspunkt ist vor allem insoweit bedeutsam, als diese Fiktion nicht auf die Person des Mieters erstreckt wird, dieser also einer Fortsetzung des Mietvertrages durch den Erwerber allein besonders zustimmen muß (vgl. dazu den nächsten Absatz).

β) I. Im Bereiche des österreichischen Rechts nimmt die überwiegende Meinung den Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis an.[175]) Im Prinzip geschieht das gleichermaßen für verbücherte wie für unverbücherte Bestandverträge;[176]) ein nicht eingetragenes Bestandverhältnis wandelt sich aber — bei sonst gleichbleibendem Vertragsinhalt — in ein solches von unbestimmter Dauer mit gesetzlicher Kündigungsfrist um.[177]) nach deren Ablauf der Bestandnehmer auf Schadensersatzansprüche gegen den Veräußerer angewiesen ist.[178]) — Im Hinblick auf die Beziehungen zwischen dem Erwerber und dem Bestandnehmer kommt in dieser Auslegung der gleiche Gedanke zum Ausdruck, wie ihn § 571 dBGB für das deutsche Recht ausspricht;[179]) man muß sich aber vor Augen halten, daß die beiden Rechte verschiedene Ausgangspunkte haben: Während das deutsche Recht vom Satz „Kauf bricht nicht Miete" ausgeht und den

[175]) Klang zu § 1120, III, 1; Demelius a. a. O. S. 202; Ehrenzweig § 370 III, 2; Mayr II, 3 § 377, 3 b.

[176]) Das hebt besonders Demelius hervor, S. 202.

[177]) Klang und Ehrenzweig am vorzitierten Orte.

[178]) Dabei wird es dem Bestandnehmer nicht als konkurrierendes Verschulden angerechnet, daß er nicht auf Eintragung seines Rechtes gedrungen hat. Klang zu § 1120 IV, 1 und zu § 1095, 1. Es tritt also keine Beschränkung der Haftung ein.

[179]) Demelius S. 212.

Eintritt als Mittel zur Verwirklichung dieses Prinzipes benutzt, geht das österreichische Recht vom Gegenteile aus, und der Eintritt wird deshalb angenommen, um die Beziehungen des Erwerbers und des Bestandnehmers, der ja auf keinen Fall sofort ausgetrieben werden kann, „doch unter irgendwelche Rechtsregeln“ [180]) zu stellen, wobei der Eintritt des Erwerbers aus „politischen und logischen Gründen“ [181]) als die richtige Lösung erscheint. — Dieser Unterschied kommt besonders auch darin zum Ausdruck, daß im Falle eines unverbücherten Bestandvertrages der Eintritt auch nur bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist dauert, also das gleiche gilt wie im deutschen Recht bei einer zwangsweisen Veräußerung, und daß kraft Gesetzes ein Eintritt für die ganze Dauer nur angenommen wird, wenn Verbücherung stattgefunden hat. Hinsichtlich dieses letzten Punktes ist — vor allem gegenüber dem schweizerischen Recht [182]) — besonders erwähnenswert, daß die heute herrschende Lehre in Österreich gerade und nur darin Sinn und Zweck der Verbücherung sieht. Der Relativsatz: „welches . . . . . gefallen lassen muß“ in § 1095 kennzeichnet danach nicht eine besondere Wirkung des „dinglichen“ Bestandrechtes, sondern er enthält lediglich eine Erklärung für das, was das Gesetz im Falle eines eingetragenen Bestandrechtes unter Dinglichkeit verstanden haben will. [183])

Da das Bestandverhältnis durch die Veräußerung schlechthin in ein solches von unbestimmter Dauer verwandelt wird, steht das durch § 1120 gewährte Recht zur vorzeitigen Kündigung auch dem Mieter zu. Das ist für unverbücherte Bestandverträge allgemeine, so gut wie unbestrittene Ansicht. [184]) Hingegen wird für verbücherte Bestandverträge mehrfach die Meinung vertreten, daß der Erwerber auf Erfüllung durch den Bestandnehmer für die ganze Vertragsdauer bestehen kann [185]); dies ist aus rechtspolitischen Gründen wohl begrüßens- und bejahenswert.

Durch besondere Parteienvereinbarung kann der Eintritt vollwirksam“ [185]) gestaltet, d. h. es kann bestimmt werden, daß auch im Falle unverbücherter Miete die ganze Dauer des Vertrages und nur die darin vereinbarten Kündigungsfristen in Geltung bleiben sollen. [186])

---

[180]) Diese Formulierung entnehmen wir Klang zu § 1120 III, 1.
[181]) Demelius S. 202.
[182]) Siehe unten S. 41 ff.
[183]) h. L.! Vgl. insbesondere Klang zu § 1095, 2.
[184]) Klang zu § 1120, III, 1 c Anm. 24 und die dort aufgeführte Judikatur, die dem Verfasser nur teilweise zugänglich war.
[185]) Klang zu § 1095, 2; Krasnapolski § 39 S. 401, dessen Stellungnahme besonders deshalb interessiert, weil er für unverbücherte Bestandrechte den Eintritt leugnet. Bei Ehrenzweig § 370, 2 fehlt es in dieser Beziehung an einer eindeutigen Stellungnahme.
[186]) Klang zu 1120, III, 2.

Diese Abrede kann einmal zustandekommen durch gemeinsames Zusammenwirken von Veräußerer, Erwerber und Bestandnehmer. Dann wird ein Subjektwechsel erreicht, wie ihn eine Eintragung ipso iure nach sich gezogen hätte: Der Erwerber wird für die ganze Dauer des Vertrages Berechtigter und Verpflichteter, umgekehrt der Mieter sein Vertragspartner. Die gleiche Wirkung tritt ein, wenn Erwerber und Bestandnehmer sich allein in dieser Richtung einigen.[187])

Ist die Abrede nur eine solche zwischen Veräußerer und Erwerber, so ist sie für den Mieter zunächst unbeachtlich, sein Vertragsgegner ist und bleibt vorerst der Veräußerer. „Nach Lage des Falles" ist die Abrede als Vertrag zu Gunsten des Bestandnehmers als Dritten anzusehen.[188])

Dieser wird aber dadurch nicht gebunden; er kann vielmehr den „vollwirksamen" Eintritt zurückweisen.[189]) Nach einer weitverbreiteten Lehre ist allerdings auch in diesem Falle der Bestandnehmer zur Aufrechterhaltung des Vertrages gegenüber dem Erwerber gezwungen, wenn nämlich nicht nur der Erwerber sich zur Übernahme der Vermieterpflichten bereit erklärt, sondern auch der Veräußerer ihm alle Rechte aus dem Mietvertrag abgetreten hat.[190]) Dieser Ansicht tritt Ehrenzweig entgegen[191]): Nach ihm wird das Bild durch eine solche Abtretung nicht verändert, und der Bestandnehmer zur Aufrechterhaltung nicht gezwungen. Dem ist m. E. beizutreten, da die gegenteilige Anschauung ihrem Ausgangspunkt gegenüber widerspruchsvoll sein dürfte: Man gibt einmal allgemein zu, daß beim Nichtvorliegen besonderer Parteivereinbarungen der Mieter nach § 1120 ABGB ebenso kündigen kann wie der Erwerber, ein Zugeständnis, das letztlich in der zweiseitig verbindlichen Natur des Bestandverhältnisses seinen Ursprung hat;[192]) man erkennt sodann grundsätzlich an, daß dies ebenso ist, wenn zwar eine besondere Vereinbarung vorliegt, diese aber nur zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber zustandegekommen ist. Es ist nicht ersichtlich, warum eine Änderung eintreten soll, wenn diese Vereinbarung sich nicht nur auf die Bereitwilligkeit des Erwerbers zur Fortführung des Mietvertrages erstreckt, sondern auch die Abtretung aller daraus entspringenden Rechte auf den Erwerber zum Inhalt hat. Wahrscheinlich handelt es sich — wie insbesondere ein Blick auf das hiernach zu behandelnde schweizerische Recht ergibt — um die Wahl einer falschen Prämisse; maßgeblich für das eventuelle Gebundenbleiben des Mieters ist nicht die Gläubigereigenschaft des Erwerbers

[187]) Klang ebenda.
[188]) So Klang zu § 1120, II b.
[189]) Ehrenzweig § 370, III a. E; Klang a. vorz. O.; Mayer § 377, III b.
[190]) Klang ebenda; Krasnapolski a. a. O. S. 403.
[191]) § 370 Anm. 93; vergl. auch die dort zitierte Rechtssprechung.
[192]) Krasnapolski S. 402.

hinsichtlich der Vermieterrechte, sondern lediglich die Frage, ob man sich überhaupt entschließen will, dem Mieter trotz des zweiseitig verbindlichen Charakters des Bestandverhältnisses über die vom Gesetz vorgesehene Zeit hinaus zu binden. Nicht darauf kommt es an, ob der Veräußerer die Fortsetzung des Bestandvertrages will und aus diesem Grunde seine Rechte abtritt, sondern darauf, ob dem Mieter die Fortsetzung trotz des Subjektwechsels für die gesamte Vertragsdauer zugemutet werden kann. In der Schweiz [193]) sieht man in der Veräußerung trotz des obligatorisch-zweiseitigen Verhältnisses dann keinen „Vertragsbruch", wenn sich der Erwerber dem Veräußerer gegenüber zur vorbehaltlosen Fortführung des Vertrages verpflichtet hat (sog. „Überbindung", die allerdings in der Regel auch die Abtretung aller Rechte umfaßt); dem Mieter steht dann kein „Rücktrittsrecht", also doch wohl auch kein Recht zur vorzeitigen Kündigung zu, er kann aber beide Personen, Veräußerer und Erwerber, als Verpflichtete festhalten. Solange die angezogene österreichische Doktrin nicht von dieser Erwägung ausgeht, es vielmehr vorwiegend auf die Cession abstellen zu müssen glaubt, solange sie insbesondere wegen Fehlens dieser Cession die Kündigung durch den Mieter zuläßt, obwohl der Erwerber sich zur Erfüllung aller Vertragspflichten bereit erklärt hat, solange verdient m. E. die Ehrenzweig'sche Ansicht als die konsequentere den Vorzug. Allerdings begibt sich nach ihr der Mieter jedweden Rechtes auf Schadensersatz gegenüber dem Veräußerer, da ihn in aller Regel die vorliegende Vereinbarung genügend geschützt und der Subjektwechsel keine wesentliche Verletzung des obligatorischen Bandes herbeigeführt haben würde.

Macht bei einem unverbücherten Bestandvertrag der Erwerber gem. § 1120 ABGB von seinem Kündigungsrecht Gebrauch, so ist, wenn die gesetzliche Kündigungsfrist kürzer ist als die noch übrige Vertragszeit, der Veräußerer dem Mieter zum Schadensersatz verpflichtet. Das Gesetz statuiert also eine Weiterhaftung des Veräußerers in seiner Eigenschaft als ursprünglicher Bestandgeber, und zwar für die Zeit, die den Erwerber nicht bindet (für die er nicht „eintritt") § 1120, I S. 2. Ob darüber hinaus auch für die „Eintrittszeit" des Erwerbers eine subsidiäre Haftung des Veräußerers für die Erfüllung des Vertrages durch den Erwerber weiterbesteht, sagt das Gesetz nicht. Die Rechtslehre äußert sich ebenfalls kaum zu dieser Frage; sie ist aber mit Ehrenzweig [194]) zu bejahen, und zwar in Form einer Analogie aus § 1120, I S. 2, wobei erwähnenswert ist, daß Ehrenzweig vom Veräußerer ausdrücklich als von dem ursprünglichen Bestandgeber spricht. Bei Vorliegen besonderer Parteivereinbarungen, die auf einen vollwirksamen Eintritt abgezielt

[193]) Vgl. hierzu wie zum ganzen Oser zu Art. 259, II 3 a.
[194]) § 370 Anm. 76.

haben und bei denen der Mieter mitgewirkt hat, ist die Entlassung des Veräußerers aus jeder Weiterhaftung zu vermuten;[195]) bei fehlender Mitwirkung des Mieters bewendet es bei den allgemeinen gesetzlichen Regeln.

II. Nach der Doktrin und Rechtsprechung des schweizerischen Rechts ist zu scheiden:

aa) Grundsätzlich tritt der Erwerber einer unbeweglichen Sache nicht kraft Gesetzes in den Vertrag ein; indessen kann er auch nicht sofortige Aufhebung des Vertrages verlangen, sondern muß die gesetzlichen Kündigungsfristen einhalten, Art. 259 II, 267.[196]) Bis zum Ablauf dieser Kündigungsfrist besteht das Mietverhältnis zwischen den alten Parteien fort, der Erwerber wird „über das Belassen des Mieters hinaus weder berechtigt noch verpflichtet"; er muß — ein rein negatives Verpflichtetsein — nur dulden. Dieses Dulden umfaßt allerdings auch die Verpflichtung, weitere Einwirkungen des Vermieters auf die Mietsache zu gestatten, soweit diese zur Erhaltung der Sache in vertragsmäßigem Zustande notwendig sind.[197])

Durch besondere Vereinbarung kann ein Eintritt des Erwerbers, besser gesagt eine Einbeziehung des Erwerbers in das Mietverhältnis bewirkt werden. Diese Vereinbarung, in der Schweiz meist „Überbindung" genannt, ist ihrer Entstehung nach eine solche zwischen den Parteien des Veräußerungsvertrages, wenngleich unschwer zu erkennen ist, daß sie in ihrem Endziel die völlige „Befreiung des Vermieters und die Begründung eines gleichen Mietverhältnisses zwischen dem Erwerber und dem Mieter verfolgt".[198]) Jedenfalls dokumentiert sich in ihr der Wille des Erwerbers, nicht vorzeitig zu kündigen, sondern den Vertrag fortzusetzen; deshalb greift nicht Art. 259, II, sondern Art. 259, I ein. Der Umfang dieser Bindung wird in der Regel dahin bestimmt sein, daß der Erwerber einerseits alle Pflichten aus dem Mietverhältnis übernimmt, der Veräußerer andererseits ihm alle daraus resultierenden Rechte überträgt.

Was die Vermieterpflichten anlangt, so bewirkt die Überbindung nicht etwa, daß der bisherige Vermieter aus dem Mietverhältnis ausscheidet, denn dieser kann sich gar nicht einseitig von seiner obligatorischen Verpflichtung befreien. Maßgebend für eine dahingehende Wirkung der Überbindung ist allein, ob der Mieter

[195]) Kang zu § 1120, III 2a.

[196]) Ist die Kündigungsfrist nach dem Vertrage sowieso schon kürzer als die gesetzliche, so kann sich der Erwerber auch darauf berufen. Vgl. Oser zu Art. 259, III 2.

[197]) Vgl. zum ganzen: Oser zu Art. 259, III 1 b (21) und die dort zitierten. Aus der Rechtsprechung ist grundlegend die bundesgerichtliche Entscheidung 28^2 S. 83.

[198]) Oser zu Art. 259, II 3 b.

seine Zustimmung zur Entlassung des Vermieters aus dem Mietverhältnis gibt oder versagt (wonach allein auch die Frage nach der rechtlichen Konstruktion dieser Überbindungswirkungen beantwortet werden kann; s. dazu noch unten). Stimmt der Mieter der Entlassung zu, so erfolgt ein Subjektwechsel, der *seiner Wirkung* nach dem des § 571 BGB gleichgestellt werden kann. Stimmt der Mieter hingegen nicht zu, so bleibt der Vermieter (Veräußerer) gebunden und zur Erfüllung verpflichtet und zwar in vollem Maße, nicht etwa nur als subsidär Haftender (Schadensersatzverpflichteter für den Fall der Nichterfüllung durch den Erwerber).[199] Daneben erwirbt aber der Mieter auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des Abs. 1 auch noch ein besonderes Recht gegen den Erwerber auf „Fortsetzung des Vertrages"; dies wirkt sich, solange der Mieter den Veräußerer nicht entläßt, so aus, daß der Erwerber neben dem Veräußerer für die Erfüllung des Vertrages einzustehen hat. — Wann eine Zustimmung des Mieters zur Entlassung des Veräußerers als vorliegend erachtet werden kann, ist fraglich. Sicher dürfte sein, daß sie ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden kann.[200] Allein es muß mit Beetschen[201] festgehalten werden, daß in der Fortsetzung des Vertrages durch den Mieter auf Grund der Überbindung noch nicht eine solche Entlassung zu liegen braucht. Allerdings ist zuzugeben, daß die *Art* der Fortsetzung häufig darauf schließen lassen wird, daß der Mieter zur Entlassung gewillt ist.[202] Zulässig ist dieser Schluß aber nur, wenn der diesbezügliche Wille des Mieters eindeutig hervortritt.[203] — Da somit die Verpflichtung des Vermieters *als solche* trotz der Überbindung vorerst bestehen und ihre Aufhebung ganz vom Willen des Mieters abhängig bleibt, außerdem aber zugunsten des Mieters in der Per-

---

[199]) Letzteres will Beetschen a. a. O. S. 41 annehmen, indem er — bei der Frage nach der rechtlichen Konstruktion der Überbindung — diese als Vertrag zugunsten eines Dritten auffaßt. Dieses Ergebnis mag im Interesse einer vereinfachten Rechtslage und besonders auch deshalb erstrebenswert sein, weil die Grundtendenz der Überbindung auf völliges Ausscheiden des Veräußerers geht. Aber das Gesetz selbst bietet für diese Annahme unmittelbar keine Stütze, und auch die Zugrundelegung eines Vertrages zugunsten Dritter kann dieses Ergebnis nicht zeitigen Oser zu Art. 259, II 3 b (12).

[200]) Oser zu Art. 259, II 3 b (10).

[201]) S. 31 ff.

[202]) Insoweit zutreffend Oser a. vorzit. Orte.

[203]) So jetzt wohl auch Oser zu Art. 259, II 3 b, wonach die Entlassung des Vermieters „nach den Umständen darin gefunden werden kann, daß der Mieter in Kenntnis der Überbindung freiwillig und ohne Rechtsverwahrung einzulegen, den Vertrag mit dem Erwerber fortsetzt, indem er den Mietzins an den Erwerber zahlt, dieser ihn vorbehaltlos annimmt, und der Vermieter dies weiß, ohne Einwendungen zu erheben". Vergl. insbesondere noch II 3 b β (13), woraus sich ergibt, daß die Zustimmung zu der Überbindung nicht notwendig auch die Entlassung des Vermieters in sich schließen muß.

son des Erwerbers ein neuer zur Erfüllung Verpflichteter hinzutritt, so kann von einer Schmälerung der Rechte des Mieters infolge der Veräußerung nicht gesprochen werden. Daraus folgt jedenfalls, daß er nicht einseitig wegen Vertragsbruches vom Vertrag zurücktreten kann [204]) (ebenso wird er nicht vorzeitig, d. h. innerhalb der gesetzlichen Fristen kündigen können; s. dazu auch die Ausführungen im österreichischen Recht). Aus einem argumentum e contrario ergibt sich aber, daß er es dann kann, wenn ohne Überbindung veräußert wurde. [205])

Hinsichtlich der Vermieterrechte wirkt sich die Überbindung als Cession aus. [206]) Diese Auffassung begegnet keinen Bedenken, soweit diese Rechte den Charakter von Forderungen tragen, so insbesondere also hinsichtlich der Mietzinse. Dies ist auch richtig, soweit diese erst künftig fällig werden, denn zur Entstehung gelangen sie — unbeschadet der erfolgten Cession — bis zur Entlassung des Veräußerers nur in dessen Person; die Überbindung macht den Erwerber zwar zum kumulativ Verpflichteten hinsichtlich der Erfüllung des Mietvertrages, nicht aber auch zum kumulativ Berechtigten hinsichtlich der Mieterträgnisse. [207]) Fraglich bleibt, ob auch sonstige, insbesondere Gestaltungsrechte übergehen; nach den allgemeinen Regeln können diese nicht „cediert" werden. Mit Oser [208]) ist allerdings zuzugeben, daß hier für eine weitere über das Streng-Begriffliche hinausgehende Auffassung ein rechtliches Bedürfnis besteht; immerhin bleibt diese Lösung bedenklich.

bb) Unterläßt der Erwerber im Falle nicht überbundener Miete die in Art. 259 II vorgesehene Kündigung, so gilt er „als in das Mietverhältnis eingetreten".

Hinsichtlich dieser Bestimmungen ist es heute zunächst wohl h. L., daß es sich um eine Fiktion handelt; eine gegenbeweisliche Widerlegung ist nicht möglich. [209]) Diese Ansicht vertritt jetzt auch Oser (im Gegensatz zur früheren Auflage seines Kommentars) und zwar mit der zutreffenden Begründung, daß der Gesetzgeber durch

---

[204]) So schon immer die h. L. und Rechtsprechung. S. Beetschen S. 36 und die dort (Anm. 4) zitierten. Vergl. ferner BGE 28² S. 83. Auch Oser tritt — in Abänderung seiner früheren Auffassung — jetzt dieser Ansicht bei II 3b (10).

[205]) Oser II 3c (14).

[206]) Oser a. a. O.

[207]) A. A. auch hier Beetschen S. 39, 40. Ausgehend von dem Gedanken, daß der Veräußerer zum lediglich subsidiär Haftenden wird, typischer Vermieter aber der Erwerber ist, läßt er die Mietzinsansprüche in dessen Person entstehen. Vergl. über diese, durch den Gesetzeswortlaut keineswegs gerechtfertigte Ansicht oben S. 42 Anm. 199.

[208]) Am vorzit. Orte. Vergl. auch Beetschen S. 39.

[209]) Beetschen S. 62, 63; Leder, das Mietverhältnis bei Miteigentum etc. Diss. 1924 S. 36 Nr. 2. Vergl. auch Prot. der Exp.-Komm. vom 16. 10. 08. S. 314.

die Einfügung des Satzteiles 2 („gilt . . . . als eingetreten"), der im alten OR fehlte, jede Kontroverse beseitigen wollte.[210])

Im übrigen ist fraglich, wie das Wort „eintreten" aufzufassen ist. Die schweizerische Rechtslehre hat bisher diese Frage nicht gerade sehr eingehend behandelt;[211]) neuerdings scheint aber immer mehr die (zutreffende) Anschauung durchzudringen, daß dieser Fall grundsätzlich ebenso zu behandeln ist, wie der des Art. 259 I bei überbundener Miete.[212]) Hier macht sich der vom deutschen Recht abweichende Ausgangspunkt besonders bemerkbar: es tritt nicht kraft Gesetzes zwangsläufig ein völliger Subjektwechsel auf der Vermieterseite ein, sondern der Erwerber wird auf Grund seiner (freiwilligen, aus seinem Schweigen unwiderlegbar gefolgertem) Verpflichtung lediglich mit einbezogen.

Auf der Pflichtenseite ist dabei die Wirkung mit der zu I) bei überbundener Miete identisch; der Veräußerer bleibt Vollverpflichteter, neben ihm steht vom Zeitpunkt der Überbindung ab der Erwerber als ebenfalls zur Erfüllung Verpflichteter.[213])

Hinsichtlich des Kreises der Vermieterrechte ist die Frage zweifelhaft. Aber aus der gesetzlich angeordneten Verpflichtung des Erwerbers zur Fortsetzung des Vertrages ist wohl zu folgern, daß dieser neben dem Veräußerer auch solidarisch berechtigt werden soll. Findet eine Cession statt, so wird er natürlich Alleinberechtigter.[214])

cc) Ist die Miete im Grundbuch vorgemerkt worden, so muß der Erwerber den Weitergebrauch der Mietsache durch den Mieter „nach Maßgabe des Mietvertrages gestatten". Über dieses Gestatten (Dulden des Grbrauchs) hinaus, wird er weder berechtigt noch verpflichtet, vielmehr steht er zu dem Mieter in dem gleichen Verhältnis wie ein Erwerber, der nach Art. 259 II gekündigt hat, aber im Gegensatz zu diesem für die gesamte Dauer des Vertrages. Diese Anschauung ist heute im schweizerischen Recht noch herrschend und de lege lata wohl auch richtig.[215]) Indessen zeigen sich in der neueren Doktrin — zumeist im Zusammenhang mit der Frage nach der Bedeutung der Vormerkung der Miete — mehrfach auch andere Auffassungen:

---

[210]) Zu Art. 259, III 2 c (22).
[211]) Siehe etwa Oser am vorz. Orte (24).
[212]) Oser ebenda.
[213]) Oser zu Art. 259, III 2 c (24). Für den Fall des Art. 259, II schließt sich eigentümlicherweise auch Beetschen S. 65 dieser Ansicht an. Mit Recht hebt Oser demgegenüber hervor, daß dies mit der Stellungnahme Beetschens zu Art. 259, I im Falle überbundener Miete nur schwer vereinbar ist (S. 1021 oben).
[214]) So Oser. Auch hier folgt Beetschen dieser Ansicht.
[215]) Oser zu Art. 260, 4 (4) und die dort zitierten.

So will Pfeiffer[216]) den Erwerber zwar in sämtliche Vermieterpflichten nicht aber in die Vermieterrechte einrücken lassen, während Petersen[217]) — vom Gesichtspunkt eines durch die Vormerkung verdinglichen Mietrechtes aus — einen Eintritt des Erwerbers in die aktive und passive Seite unter Befreiung des Vermieters befürwortet. Von ganz besonderem Interesse ist aber, insbesondere gegenüber dem österreichischen Recht und dessen herrschender Doktrin, die Ansicht von Guhl[218]) und die von Eugen Huber:[219]) Beide befürworten auf Grund des Art. 260 einen Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis und sehen gerade darin und nur darin Sinn und Zweck der Vormerkung; dabei erklärt Guhl den bisherigen Vermieter (Veräußerer) für befreit, während Huber ihn weiterhaften lassen will. Wegen des Wortlautes des Art. 260 II erscheint diese Interpretation jedenfalls nicht zwingend als zutreffend. Aber es muß zugegeben werden, daß sie viele praktische Gründe für sich hat, insbesondere auch dann, wenn man sie — was Oser vorschlägt[220]) — in dem Huberschen Sinne erfaßt und damit zwangsläufig und einheitlich zu demselben Ergebnis gelangt wie im Falle des Art. 259 II Satzteil 2.

2) Die juristische Konstruktion der Schutzbestimmungen.

a) Die Wissenschaft geht für die einzelnen Rechte z. T. von der Ansicht aus, daß sich die vorhandenen Schutzbestimmungen zugunsten des Mieters nur als Folgen eines dinglich gestalteten Mietrechts erklären lassen.

α) Für das deutsche Recht sind vor allem Cosack[221]) und Fuchs[222]) und neuerdings („in abgeschwächter Form"[223]) Löning[224]) diesen Weg gegangen.

Nach Cosack und Fuchs zwingt die Tatsache, daß dem Mieter „ausdrücklich ein Rechtsschutz gegen Personen gewährt wird, die das Grundstück durch eine Veräußerung oder Belastung an sich

---

[216]) Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch; Dissertation. Zürich 1910 S. 87 ff.

[217]) Die Vormerkung von Miete und Pacht nach ZGB Art. 959, S. 73 ff. Zitiert nach Oser, da dem Verfasser die Dissertation nicht zugänglich war.

[218]) Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung; Festgabe der Jur. Fakultät Bern für das schw. Bundesgericht S. 176.

[219]) Zum schweiz. Sachenrecht; Drei Vorträge mit Anmerkungen in den Abhandlungen zum schweiz. Recht, herausg. von V. Gmür, Bern 1914. S. 43, 44.

[220]) Zu Art. 260, 4 (5) S. 1027 unten.

[221]) Lehrbuch II, 1 § 105 S. 390.

[222]) Gruchot 46, 566.

[223]) Ennecc.-Lehmann § 132 Anm. 1.

[224]) Löning; Grundstücksmiete als dingliches Recht; insb. S. 167 ff.

gebracht haben und somit die denkbar beste Rechtsstellung genießen“ [225]) zum dem Schluß, daß der Rechtsschutz in Form einer absoluten (negatorischen) Störungsklage auch gegen Leute zuerkannt werden muß, die den Mietgebrauch ohne Berufung auf ein Recht beeinträchtigen. [226]) Sei aber dieser Schluß geboten — und das treffe zu — so habe man die Wirkung des Rechtes gegen jedermann, d. h. seine Absolutheit und damit seine Dinglichkeit festgestellt. Das Mietrecht äußere insoweit etwa die Wirkungen einer beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit. [227]) Da sich nun aber die gesamten Rechtswirkungen des § 571 dBGB (Eintritt in die aktive und passive Seite des Rechtsverhältnisses) nicht durchweg mit den Folgen eines dinglichen Rechtes in Parallele setzen lassen und z. T. nicht in der Konsequenz der Cosack'schen Konstruktion liegen, [228]) bemerkt Cosack auch weiter: „Indes läßt es das Gesetz in dem hier besprochenen Fall nicht bei negativen sachenrechtlichen Regeln bewenden, sondern bestimmt weiter, daß von dem Augenblick ab, in dem das Eigentum des Mietgrundstückes auf den Dritten übergeht, er und der Mieter auch schuldrechtlich aneinander gebunden sind. Dadurch wird das dingliche Mietrecht offenbar einer Reallast nahegebracht. Doch besteht zwischen beiden Rechten der Unterschied, daß das Schuldverhältnis, in das der Erwerber eines Reallastgrundstückes kraft Gesetzes eintritt, immer nur ein einseitiges ist, und dem Erwerber allein Verpflichtungen auferlegt, während das dingliche Mietrecht ihm zugleich schuldrechtliche Ansprüche beschert.“ [229])

Löning hat (bei grundsätzlicher Ablehnung der Cosack'schen Beweisführung) versucht, [230]) auf andere Weise zu dem gleichen Ergebnis zu gelangen. Er glaubt, die in der Wissenschaft bisher herrschend gewesene begriffliche Erfassung des absoluten (dinglichen) Rechts als eines solchen, das mit Wirkung gegen jedermann ausgestattet sei, ablehnen und demgegenüber annehmen zu müssen, daß andere Kriterien, in erster Linie die Tendenz der Dauer (die gerade auch der Miete innewohne), das Wesen des absoluten Rechtes ausmachen [231]) (vgl. hierzu schon oben S. 33 Anm. 161 und ferner unten S. 51 Text und Anm. 261.

---

[225]) Cosack am zit. Orte.
[226]) Cosack ebenda.
[227]) Cosack a. a. O. S. 394 (III).
[228]) Vergl. dazu Hellwig, Verträge etc. a. a. O. S. 426.
[229]) S. 394, 395 (IV).
[230]) Siehe bes. S. 51 ff., 89.
[231]) Vergl. Heck; Grundriß des Sachenrechts § 1, 7 S. 3.
[232]) De l'échange et du louage I p. 76 n° 5. Ihm sind teils mit teils ohne Einschränkungen zu seiner Zeit einige französische Juristen gefolgt, auch einige Gerichtsentscheidungen haben sich zu seiner Ansicht bekannt. Vergl. die im ganzen zutreffende Aufzählung bei Crome, Jherings Jahrb. 37 S. 9 Anm. 16.

β) Auch im Bereiche des französischen Rechts vertritt eine ältere, von Troplong [232]) begründete Lehre die Dinglichkeit des Mietrechts. Danach ist der Mietvertrag nicht mehr "un rapport particulier entre le bailleur et le preneur", [233]) sondern "un empêchement, que le propriétaire doit nécessairement subir; empêchement, qui affecte la chose et qui, la suivant en quelques mains qu'elle passe, semble constituer d'après le droit nouveau, un droit réel pour le fermier." [234]) In der Bestimmung des Art. 1743 sieht auch Troplong den Hauptbeleg für seine Lehre; [235]) das Vorhandensein dieser Norm ist nach ihm nur zurückzuführen auf den Willen des Gesetzgebers, das Mietrecht als dingliches zu betrachten und auf diese Weise eine Schutzwirkung zugunsten des Mieters zu erzeugen. Es ist ebenso interessant wie bezeichnend, daß Troplong den Art. 1709, [236]) der seinem Wortlaut und seiner geschichtlichen Entwicklung nach unbedingt zur Annahme eines nur obligatorischen Rechtes drängt, [237]) dadurch seiner Lehre einfügt, daß er den Worten "faire jouir" für das geltende Recht einen Bedeutungswandel gerade deshalb zuschiebt, weil sich auf Grund des Art. 1743 das Recht des Mieters gegenüber Personen bewähre, mit denen er nie kontrahiert habe: "sans doute Pothier avait raison d'enseigner de son temps qu'il ne constituait qu'une créance personnelle, parce qu'alors il n'engendrait pas un droit de suite. Mais aujourd'hui les mots "faire jouir" de l'art. 1709 ont une signification plus large. — Il ne resteigne pas le droit du bailliste à une simple créance personnelle puisqu'il a un droit contre les tiers avec lequel il n'a pas contracté". [238]) Diese Worte sind insofern eindeutig und bedeutsam, als nach ihnen das Recht des Mieters das sog. droit de suite (Folgerecht), und damit ein typisches Dinglichkeitsmerkmal [239]) in sich schließt. [240]) Allerdings findet sich der letzte Schritt, den Cosack und Fuchs für das deutsche Recht gegangen sind, indem sie aus der Existenz des § 571 dBGB auch das Vorhanden-

---

[233]) Troplong I p. 77 n° 5.

[234]) Ebenda. Vergl. auch Périer p. 160, 161.

[235]) Prägnant in diesem Zusammenhang Planiol II n° 1741: "c'est cette article . . . . etc."

[236]) Er lautet: Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.

[237]) Laurent XXV n° 9.

[238]) I n° 12 p. 87.

[239]) Siehe Planiol I n° 2165; Zach.-Crome § 226 Anm. 7 m. Text.

[240]) Besonders erwähnenswert sind hier die Ausführungen von Colin-Cap. II p. 521. Dort wird ebenfalls die Wirkung des Art. 1743 als eine Folge davon gekennzeichnet, daß das Mietrecht mit dem droit de suite ausgestattet sei und ferner dargelegt, warum der Gesetzgeber trotzdem nicht bis ans Ziel (au bout) gegangen und das Mietrecht dinglich gestaltet hat. A. A. insgesamt vor allem Laurent n° 17.

sein einer actio negatoria herleiten, nach unseren Feststellungen bei Troplong nicht.[241] [242] [243] Hingegen hat er versucht, durch Heranziehung anderer Erwägungen, Texte und Argumente seine Lehre zu stützen.[244] Sie alle kritisch zu würdigen oder auch nur aufzuzählen, würde nicht nur über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, sondern auch sonst nicht zweckdienlich sein, da die Troplongsche Lehre heute als überwunden angesprochen werden muß,[245] und die Dinglichkeit des Mietrechtes im neueren französischen Schrifttum zwar beiläufig manchmal als rechtspolitisches Postulat, niemals aber als Interpretation des geltenden Rechts aufgestellt wird.[246]

γ) Das österreichische und das schweizerische Recht.

I. Im Bereiche des österreichischen Rechts liegt die Frage etwas anders: Sicher ist, daß die Eintrittstheorie und zwar gleichermaßen für verbücherte und für unverbücherte Bestandverträge heute herrschende Gesetzesinterpretation ist. Indessen wird die Frage nach der rechtlichen Konstruktion dieses Eintritts nicht mit der nach der rechtlichen Natur des Mietrechts verquickt.

Ganz allgemein betont man zwar ebenfalls, daß die Miete in vielerlei Hinsicht dingliche Züge trage und neben anderen Rechtswirkungen (Besitzschutz, Fruchterwerb) wird in dieser Hinsicht nicht zuletzt die Bestimmung des § 1120 ABGB hervorgehoben, wonach eine sofortige Austreibung des Mieters durch den Erwerber nie möglich ist, dieser vielmehr stets Kündigungsfristen einhalten muß.[247] Auch § 1121 wird in diesem Zusammenhang in der Regel zitiert, da nach ihm das Bestandrecht auch in der Zwangsversteigerung standhält. Aber der Schluß, daß die Miete deshalb als dingliches Recht schlechthin zu betrachten sei, wird nicht gezogen: es wird vorerst höchstens versucht, die „dinglichen Elemente nach

[241] Über den Art. 1725 vgl. unten S. 53.

[242] Besitzschutzklagen, von denen in Frankreich dem Mieter (als Detentor) lediglich die sog. "réintégrande" gewährt wird, gehören nicht hierher, da ihren Schutztatbestand der Besitz als solcher bildet, nicht das Mietrecht. Löning S. 149, III.

[243] Bei Zach.-Crome I, § 201 Anm. 1 wird dem Mieter ausdrücklich die negatorische Klage abgesprochen.

[244] Zutreffend (Baudry-Lac.)-Wahl n° 685: "mais on a tiré des textes et des travaux préparatoires d'autres arguments."

[245] Siehe die scharfe Kritik von Crome a. zit. Orte. Aber auch Planiol II n° 1707 p. 574 note 1.

[246] Das tut insbesondere Planiol II n° 1711. Vgl. Col.-Cap. II p. 519, 520, sowie Löning S. 110 Anm. 15 d. Bei Planiol findet sich auch eine Zusammenfassung der rechtlichen Konsequenzen, die sich aus der Annahme eines dinglichen Mietrechtes ergeben würden und von denen die Belastbarkeit, der erweiterte Klagschutz und die bloße Duldungspflicht (l'acquéreur sera donc tenu "ut patiatur, non ut faciat") hervorgehoben seien.

[247] Klang, Zentralblatt 44 S. 324 und die dort zitierten.

wirklichen oder vermeintlichen Zweckmäßigkeitsrücksichten“ [248]) zu vermehren. [249])

Neben diesen Erwägungen und ohne unmittelbaren Zusammenhang mit ihnen wird im Anschluß an eine ältere [250]) und in bewußter Polemik gegen die derzeit herrschende Lehre neuerdings von Demelius die Ansicht vertreten, daß jedenfalls für verbücherte Bestandverträge durch § 1095 ABGB die Dinglichkeit des Mietrechtes festgelegt sei. [251]) Aber auch hier geschieht dies nicht in der Absicht, für den Eintritt über die Dinglichkeit eine juristische Erklärung zu schaffen, sondern vielmehr deshalb, um dem § 1095 ABGB eine größere Bedeutung zukommen zu lassen, als es die jetzt herrschende Lehre tut: Schon deren Begründer faßten den § 1095 eng auf; sie erklärten zwar den Eintritt des Erwerbers noch als typische Folge der Verbücherung, ließen aber bereits deren Bedeutung darin erschöpft sein, ohne im übrigen von einer Verdinglichung des Mietrechtes zu sprechen. [252]) In Fortentwicklung dieser Linie schränkt die daran anknüpfende, heute herrschende Ansicht die Bedeutung des § 1095 noch mehr ein, indem sie den Eintritt als eine selbstverständliche, von der Verbücherung gänzlich unabhängige Folge jeder Veräußerung betrachtet und sagt, Sinn und Zweck der Eintragung sei lediglich, daß das eingetragene Bestandrecht für die ganze Dauer des Vertrages und nicht nur im Rahmen des § 1120 ABGB entgegengesetzt werden könne. [253]) Gerade und nur gegen diese Einschränkung wendet sich Demelius: Auch er kennt den Eintritt des Erwerbers als selbstverständliche und von der Verbücherung unabhängige Folge jeder Veräußerung; auch nach ihm kann der Erwerber nicht vorzeitig kündigen, eben weil das Bestandrecht eingetragen ist; aber das allein kann nach Demelius die im Gesetz zu Tage tretende Auffassung des Mietrechtes „als eines dinglichen Rechtes“ nicht rechtfertigen, wennanders man dem ABGB nicht den Vorwurf eines

---

[248]) Klang, Komm. Vorbemerkungen IV vor § 1091.

[249]) Vergl. dazu insbesondere die neueste Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, und zwar die Entscheidungen vom 8. 6. 1922, vom 11. 6. 1924, vom 13. 11. 1924 und vom 24. 2. 1925, die im Gesamtergebnis — wenn auch mit gewissen Einschränkungen — zugunsten des Mieters eine petitorische Klage anerkennen. Sie sind von Klang ZBl. 44 einer eingehenden Kritik unterzogen und auch von Löning S. 274 ausführlich gewürdigt worden. De lege lata sind die Entscheidungen bedenklich und enthalten wohl eine petitio principii. Siehe allerdings auch Ehrenzweig § 370, III.

[250]) Kopetzky a. a. O. S. 54; Weiske, Gerichtszeitung S. 381 ff.; Hasenöhrl 1, S. 19 ff.

[251]) ZBl. S. 201 ff.

[252]) Unger, System I S. 549, 540; Randa Besitz § 5 Anm. 2; vergl. auch Krasnapolski a. a. O. S. 401.

[253]) Siehe Demelius S. 212, die dort zitierten und auch von Schwind a. a. O. S. 947—949. Ferner Klang zu § 1095, 2 und die dort (Anm. 8) aufgeführten Schriftsteller.

„ungemäßen konstruktiven Aufwandes" machen wolle. Deshalb besteht nach der Ansicht von Demelius der Hauptzweck der Verbücherung darin, dem Bestandrecht Wirksamkeit gegen jeden Dritten (also Absolutheit) zu verleihen.

Diese für die Rechtsvergleichung besonders interessanten Erwägungen lassen genügend erkennen, daß die Dinglichkeit des Bestandrechtes nicht befürwortet wird, um den Eintritt des Erwerbers juristisch zu erklären, sondern um der Aufnahme des Bestandrechtes in das Grundbuch und der Bezeichnung dieses Rechtes „als eines dinglichen" eine angemessene Bedeutung zukommen zu lassen.

II. Für das schweizerische Recht ist in diesem Zusammenhang folgendes festzuhalten: Ein kraft Gesetzes erfolgender Eintritt des Erwerbers findet, wie bereits ausgeführt wurde, grundsätzlich nicht statt. Wenn und soweit ein solcher Eintritt auf Grund der Fiktion des Art. 259 II Satzteil 2 doch zustandekommt, wird für seine juristische Konstruktion nicht an eine etwaige Dinglichkeit des Mietrechts, sondern — ein für schweizerisches Recht zweifellos richtiger Vorgang — an andere Rechtserscheinungen (Novation, Zession, Schuldübernahme etc. — vergl. darüber unten) angeknüpft. Soweit die Frage nach der Dinglichkeit des Mietrechts überhaupt angeschnitten wird, bezieht sie sich nur auf das vorgemerkte Mietrecht des Art. 260 OR und auf dessen rechtliches Entstehen, Sein und Vergehen. Dabei treten im wesentlichen die gleichen Streitpunkte hervor wie im österreichischen Recht. Wie Demelius in dessen Bereich, so kommt Scheidegger[254]) für das schweizerische Recht zu dem Ergebnis, daß die Miete durch die Vormerkung zum dinglichen Recht wird. Dabei kann Scheidegger jedenfalls die Auffassung und insbesondere den Wortlaut des Gesetzes für seine Ansicht nicht in dem Maße in Anspruch nehmen wie Demelius für das österreichische Recht. Indessen erübrigt es sich, seine von der Doktrin[255]) und Rechtssprechung[256]) abgelehnte Lehre in einzelnen zu würdigen, da auch er sie nicht vertritt, um einen Eintritt des Erwerbers zu begründen. Vielmehr ist er in voller Übereinstimmung mit der vorherrschenden Anschauung der Meinung, daß der Erwerber bei vorgemerkter Miete nur zum Dulden verpflichtet ist, und der Veräußerer allein Vermieter bleibt. Bedeutungsvoll und insbeson-

[254]) Grundbuchvormerkungen im schweizerischen Recht in der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 25 (1909) S. 111 ff.

[255]) Oser zu Art. 260 4 (5) und die dort zitierten, insbesondere Wieland, Becker und Ostertag; nach letzterem (Anm. 2 zu Art. 959 ZGB) steht das vorgemerkte Mietrecht „in der Mitte zwischen beiden Kategorien von Rechten".

[256]) BGE 44, II S. 362; zitiert bei Weiß, Sammlung Eidgen. und kant. Entscheidungen, Zürich 1925, S. 874, 875 (zu Art. 682) und S. 1133, 1134 (zu Art. 960).

dere für die rechtsvergleichende Betrachtungsweise von Interesse ist hingegen, daß in der neueren Doktrin ebenfalls die — aus dem österreichischen Recht bekannte — Meinung vertreten wird, daß auf Grund der Vormerkung ein Eintritt des Erwerbers bewirkt werde und gerade darin und nur darin die Bedeutung der Vormerkung zu suchen sei.[257]) Mit der herrschenden Lehre wird also eine Verdinglichung der Miete infolge der Vormerkung abgelehnt, im Gegensatz zu ihr aber angenommen, daß dadurch ein Subjektwechsel (Alleineintritt — so Guhl, Miteintritt — so Huber) erfolgt. Dies liegt etwa im Sinne der von Unger für österreichisches Recht begründeten Ansicht.

δ) Was das deutsche und französische Recht anlangt, so ist den herrschenden Anschauungen zu folgen und der dingliche Charakter des Mietrechtes für das geltende Recht abzulehnen:

I. Selbst wenn man die Absolutheit eines Rechtes als alleiniges oder jedenfalls maßgebliches Dinglichkeitskriterium anzusehen gewillt ist,[258]) so muß dennoch gesagt werden, daß für keines der beiden Rechte eine solche Absolutheit des Mietrechtes überzeugend dargetan worden ist.

Das Wesen des absoluten Rechtes kann — unter Verzicht auf eine eingehende Darstellung der sich daran anknüpfenden Problematik — kurz mit den Worten umrissen werden, daß es „in der gleichartigen Stellung des Rechtsinhabers zu allen übrigen Rechtssubjekten" besteht.[259])

Nun sagt zwar Troplong, das Recht des Mieters sei "un droit contre les tiers avec lesques il n'a pas contracté". Aber er denkt dabei doch nicht an jeden beliebigen Dritten, sondern an einen bestimmten Kreis von Rechtssubjekten, den etwaiger Erwerber.[260]) Steht aber ein solcher, konkret bestimmter (oder doch jedenfalls bestimmbarer) Kreis von verpflichteten Rechtssubjekten (die Gesamtheit aller etwaigen Erwerber) von vornherein fest, so ist noch ein relatives, obligatorisches Recht gegeben.[261]) Und wenn Cosack diesen konkret bestimmten Kreis von Verpflichteten mittels eines Schlusses e majore ad minus erweitert und eine absolute Störungsklage des Mieters gegenüber jedem beliebigen Dritten bejaht, so bedarf die

---

[257]) So bekanntlich Guhl und Huber.

[258]) Vergl. dazu schon Löning, Vorwort IV.

[259]) Diese Formulierung entstammt Löning S. 51: sie ist — in dieser Allgemeinheit — richtig.

[260]) Das hebt besonders Laurent hervor XXV n° 24.

[261]) Dies im Anschluß an v. Gierke I § 29, I S. 258. A. A. bekanntlich Löning S. 58, 59, von dessen Ansicht und den daraus gezogenen Konsequenzen für die rechtliche Natur des Mietrechts wir insoweit abweichen. Ein näheres Eingehen auf den Löning'schen Widerlegungsversuch hinsichtlich des absoluten Rechts überschreitet den Rahmen der vorliegenden Arbeit.

Zulässigkeit dieses Schlusses noch eines Beweises, wennanders nicht der Vorwurf einer petitio principii berechtigt sein soll. [262])

Nach der derzeit herrschenden Auffassung über die Absolutheit eines Rechtes kann mithin von einer solchen des Mietrechtes nicht gesprochen werden; man wird vielmehr die dinglich erscheinenden Wirkungen gegenüber dem Erwerber letztlich doch als einen bloßen Reflex des obligatorischen Rechtes betrachten müssen.

II. Im einzelnen mag dazu noch folgendes bemerkt sein:

aa) Daß im deutschen Recht die Miete nicht im Grundbuch aufgenommen werden kann, [263]) mag zwar nicht zwingend die dingliche Natur des Mietrechtes ausschließen; [264]) immerhin ist aber doch anerkannt, daß durch die Institution des Grundbuches hinsichtlich der dinglichen Rechte am Grundstück Klarheit geschaffen werden sollte, und es ist deshalb nicht anzunehmen, daß sich der Gesetzgeber in dieser Beziehung selbst untreu werden und ein nicht aus dem Grundbuch ersichtliches Grundstücksrecht schaffen wollte. — Von nicht zu verkennender Bedeutung ist ferner, daß das Recht des Mieters einer Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht standhält, „während doch gerade im Falle der Zwangsversteigerung sich die Dinglichkeit der Rechte bewahren muß". [265]) — Es ist auch nicht möglich, mit Cosack die Miete unmittelbar mit der Reallast in Parallele zu setzen. Wenngleich vielleicht von einer „an sich vorhandenen Ähnlichkeit" [266]) der beiden Institute gesprochen werden kann, so handelt es sich doch, wie Crome mit Recht betont, nicht um mehr als eine Ähnlichkeit des Ausgangspunktes. Beiden Instituten liegt eine mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundene Verpflichtung zugrunde. Aber in positivrechtlicher Hinsicht hat sich nur die Reallast zum dinglichen Recht entwickelt. Sie „belastet" das Grundstück, begründet eine Sachhaftung und ist in erster Linie „aus dem Grundstück zu erfüllen", [267]) zeigt insoweit also eindeutige Merkmale eines dinglichen Rechtes, von denen bei der Miete nicht gesprochen werden kann. — Schließlich ändert es an dem obligatorischen Charakter des Mietrechts nichts, daß dem Mieter der Schutz aus § 823 I dBGB zuerkannt wird. Es ist zwar herrschende Lehre, daß die dort erwähnten „sonstigen Rechte" solche absoluter Natur

---

[262]) Löning § 71, III S. 150. Eine andere Frage ist es, ob der absolute Klagschutz überhaupt als alleinige Ausdrucksform des absoluten Rechtes angesprochen werden muß. Löning Vorwort IV und S. 48 Anm. 97.

[263]) Dies ist nicht unbestritten; RGZ 54, 265; 59, 327.

[264]) Löning a. a. O. S. 159.

[265]) v. Gierke II, 3, 3 S. 541. Ein Argument, das für französisches Recht nicht angezogen werden kann. Vergl. hierzu insbesondere auch das österreichische und das schweizerische Recht.

[266]) A. a. O. S. 21, 12.

[267]) v. Gierke a. vorzit. Orte.

sein müssen, um Schutz zu genießen.[268]) Indessen läßt sich daraus nicht auf eine Absolutheit des Mietrechtes schließen, denn den Tatbestand des Schutzes bildet in diesem Zusammenhang nicht das obligatorische Recht des Mieters, sondern dessen Besitz.[269]) Dieser „wird in Ansehung des Rechtsschutzes gleich einem Rechte behandelt und fällt deshalb unter die sonstigen Rechte des § 823 I dBGB".[270]) Diese vorsichtige, nach Löning in sich widerspruchsvolle Fassung[271]) dürfte gewählt worden sein, da es einerseits schwer möglich war, den Besitz als Recht im technischen Sinne bürgerlichen Rechtes zu erfassen,[272]) andererseits aber hinsichtlich des Besitzes ein unbestreitbares Schutzbedürfnis bestand.

bb) Im französischen Recht entscheidet vor allem schon die systematische Eingliederung des Art. 1743 im Gesetz gegen die Troplong'sche Lehre; eine gesetzliche Bestimmung, die ihren Platz inmitten von Vorschriften über die Auflösung des Mietvertrages gefunden hat, dürfte kaum dazu angetan sein, Wesentliches über den Charakter des Mietrechtes auszusagen.[273]) — Vor allem aber liefern, wie Laurent eingehend und überzeugend dargelegt hat,[274]) die Vorarbeiten zum C. c. der Troplong'schen Lehre nicht die Argumente, die sie daraus entnehmen zu können glaubt, und insbesondere läßt sich auch aus der Berichterstattung zu dem Gesetz vom 23. März 1855, durch das Mietverträge über 18 Jahre der Transkription unterworfen worden sind, Wesentliches entnehmen, wenn es dort heißt: "On a du sujettir à la transcription tous les actes, qui, sans constituer des droits réels, imposent cependant à la propriété des charges qui sont de nature à en altérer sensiblement la valeur: tels sont les baux à longs termes".[275]) — Auch aus Art. 1725 ist nicht etwa etwas Gegenteiliges zu entnehmen: Er gewährt zwar dem Mieter eine Klage gegen beliebige Dritte, die, ohne ein Recht an der Sache für sich zu beanspruchen, den Mietgenuß durch Tätlichkeiten beeinträchtigen (sog. trouble de fait im Gegensatz zum trouble de droit). Aber diese Klage ist nicht absoluter Natur. Sie schützt letztlich den Mieter in seinem Besitz, dessen Störung sie durch Schadensersatz

---

[268]) RGZ 59, 328; 91, 65; 102, 347 und andere. Vergl. auch Löning S. 153.

[269]) Enneccerus § 431 Anm. 10 und Text dazu. A. A. insbesondere Löning S. 153, der vor allem der reichsgerichtlichen Rechtsprechung eine gewisse Zaghaftigkeit vorwirft. — Eine andere Frage ist es, ob der Anspruch über § 823 I auch auf Herausgabe gerichtet werden kann. Dagegen mit Recht Martin Wolff § 6, I 3.

[270]) RGZ 91, 65.

[271]) Löning S. 155.

[272]) Wolff § 3, III; ebenso die neue Auflage.

[273]) So insbes. Périer p. 163. Der gleiche Gedanke findet sich in ähnlichem Zusammenhang und für österreichisches Recht bei Krasnapolski S. 401.

[274]) n° 21, 22, 22 bis p. 34—38.

[275]) (Baudry-Lac.)-Wahl n° 685 p. 388; Périer p. 163.

auszugleichen sucht[276]) — eine Tendenz, die einer negatorischen Klage im allgemeinen sowieso fremd ist; [277]) es wird überhaupt möglich sein, ihr mit Laurent[278]) in der Hauptsache den Charakter einer Deliktsklage zuzusprechen. Zudem hat sie nicht eine Verstärkung der Mieterstellung in dinglicher Richtung, sondern vorwiegend eine Beschränkung der Vermieterhaftung zum Motiv.[279])

b) Man wird also davon ausgehen können und müssen, daß de lege lata in keinem der vier Rechte die Schutzwirkungen als Folgen eines dinglich gestalteten Mietrechts zu erklären sind. Indessen bleibt fraglich, wie der Eintritt des Erwerbers sonst zu konstruieren ist. In den Doktrinen derjenigen Rechte, die auf einen kraft Gesetzes erfolgenden Eintritt des Erwerbers abstellen, zeigt sich in dieser Hinsicht übereinstimmend, daß jedenfalls mit einer bloßen Anknüpfung an bereits bekannte Rechtserscheinungen (Zession, Schuldübernahme etc.) nicht geholfen ist, sondern die typischen und gewollten Folgen dieses Eintritts nur erklärt werden können, indem man entweder diese juristischen Grundformen erweitert oder sich entschließt, auf ihre Heranziehung überhaupt zu verzichten und den Eintritt als zwar eigenartige, streng singuläre, im ganzen aber einer juristischen Konstruktion nicht bedürftige Rechtswirkung anzusehen. Es erhellt, daß im schweizerischen Recht diese Frage geringeren Schwierigkeiten begegnet, weil dort der Eintritt des Erwerbers unter gleichzeitigem Ausscheiden des Veräußerers immer von der Mitwirkung des Mieters abhängig gemacht wird, und deshalb die juristischen Grundformen zur Erklärung des „Eintritts" jedenfalls solange ausreichen, als der Mieter den Veräußerer nicht entläßt, ihn vielmehr als Vermieter festhält und der Erwerber lediglich als solidarisch Verpflichteter bzw. auch Berechtigter hinzutritt.

a) Die Doktrinen des deutschen, des französischen und des österreichischen Rechtes beschäftigen sich mit der Frage teils sehr eingehend teils auch nur mehr beiläufig:

I) Sehr umfangreich ist im d e u t s c h e n Recht die Zahl der wissenschaftlichen Konstruktionsversuche. Unter Berücksichtigung des Rahmens der vorliegenden Arbeit sind im wesentlichen drei Auffassungen hervorzuheben: Man hat einmal gelehrt, daß die Rechtswirkung des § 571 dBGB sich erkläre als ein gesetzlich angeordneter Übergang des Schuldverhältnisses im Sinne einer Verbindung von Zession und Schuldübernahme.[280]) Diese Ansicht ist nicht durchge-

[276]) (Baudry-Lac.)-Wahl n° 533.
[277]) Vergl. etwa Martin Wolff, SR § 87, I 3.
[278]) XXV p. 180.
[279]) Baudry-Lac.)-Wahl n° 520 p. 292.
[280]) Endemann § 169 Anm. 29; Leonhardt zu Eck S. 495, 500 Anm. 1. Auch Demelius bei Jhering 72, 241.

drungen; dies mit Recht, denn einmal wird durch die Zugrundelegung einer Zession nicht der Übergang aller, sondern nur derjenigen Vermieterrechte erklärt, die Forderungscharakter tragen,[281]) und sodann entstehen die Rechte und Pflichten des Erwerbers nicht in Anknüpfung an die des Veräußerers, sondern selbständig und unmittelbar kraft Gesetzes.[282]) — Größere Bedeutung hat hingegen die Lehre von Schollmeyer erlangt, die vom Begriff der sog. Zustandsobligation ausgeht.[283]) Nach ihr ist die Mietobligation an das Eigentum am Grundstück geknüpft; dieser Zustand wirkt für das mietrechtliche Schuldverhältnis „subjektbestimmend"; [284]) allerdings vollzieht sich die Umwandlung des zugrundeliegenden Verhältnisses in eine Zustandsobligation erst im Augenblick der Veräußerung des Grundstücks.[285]) Gerade diese letztere Annahme zeigt die Schwäche der Schollmeyerschen Ansicht, denn es ist offenbar nicht möglich, einerseits die Vermieterobligation bis zum Eigentumswechsel noch nicht mit dem Eigentum verknüpft sein zu lassen und andererseits den Eintritt des ersten Grundstückserwerbers in die Obligation mit der Annahme zu erklären, daß der Erwerber durch die Eigentumsübertragung in denjenigen Zustand eingetreten sei, mit welchem das Gesetz die zweiseitige Vermieterobligation verknüpft habe.[286]) — Am ehesten befriedigend und wohl auch herrschend ist die von Enneccerus begründete Lehre.[287]) Nach ihr erklärt sich der Vorgang des § 571 dBGB als „ein gesetzlicher Übergang des zweiseitigen Schuldverhältnisses, der zwar dem bisherigen Rechte fremd, aber in sich klar ist und daher keiner konstruktiven Zurückführung auf bereits bekannte Rechtserscheinungen bedarf". Diese Lehre widerspricht weder dem Wortlaut des Gesetzes, wie Löning unter besonderer Verweisung auf § 1922 dBGB behauptet,[288]) noch verkennt sie, daß die Rechte und Pflichten des Erwerbers neu entstehen. Sie stellt es vielmehr garnicht auf den Übergang der einzelnen Rechte und Pflichten, sondern auf den Übergang des Schuldverhält-

---

[281]) Siehe Beetschen a. a. O. S. 39.

[282]) Planck zu § 571 Anm. 5 d.

[283]) Schollmeyer, R. d. Schuldv. S. 75; Crome, System § 242 Anm. 16. Oertmann, Komm. zu § 571.

[284]) v. Gierke § 197, I 6 b S. 542.

[285]) So deutlich Schollmeyer a. vorzit. Orte (2. Aufl. S. 75) im Gegensatz zur 1. Auflage S. 51, wo die Umwandlung in eine Zustandsobligation auf einen früheren Zeitpunkt (Überlassung) verlegt wird.

[286]) So insbes. Planck II, 2 (1923) zu § 571 Anm. 5 b. Vgl. auch Ennecc. § 355 Anm. 2, der weitere Bedenken gegen die Ansicht von Schollmeyer aufführt.

[287]) I, 2 § 355 Anm. 2; Ennecc.-Lehmann § 132 Anm. 1. Das RG scheint allerdings noch der Schollmeyer'schen Auffassung anzuhängen: vergl. RGZ. 102, 177; 103, 166.

[288]) A. a. O. S. 161, 162.

nisses als Ganzem, als Organismus [289]) ab; in diesem Sinne aber ist der Gebrauch des Ausdruckes „Übergang" unverfänglich.

II. Im Bereiche des französischen Rechts wird dieser Problematik nicht eine so eingehende und weitverzweigte Untersuchung zuteil. Zwar wird die Frage nach der juristischen Konstruktion der an eine Veräußerung geknüpften Folgen angeschnitten und umstritten, diejenige nach Art und Umfang dieser Folgen selbst nimmt in der Erörterung aber einen ungleich größeren Raum ein.

Bevor in diesem Zusammenhang auf die herrschende Lehre eingegangen wird, die den Erwerber als neuen Gläubiger und Schuldner des Mieters betrachtet, muß zuvor noch eine Mittelmeinung erwähnt werden: Aubry und Rau behaupten, [290]) daß eine Erfassung des Art. 1743 C. c., wie sie die herrschende Lehre befürworte, mit dem Willen des Gesetzgebers nicht in Einklang gebracht werden könne. In Art. 1743 werde lediglich der Satz: Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet, der sonst nur für dingliche Rechte gelte, auf eine Kollision zwischen dinglichem (Eigentums-) Recht und persönlichem Gebrauchsrecht ausgedehnt. Dadurch werde dieses Gebrauchsrecht zwar nicht zum dinglichen Recht gemacht, es müsse aber wie ein solches behandelt werden. Das Schuldverhältnis bestehe zwischen den alten Parteien fort, der Erwerber werde lediglich zu einem Dulden verpflichtet. Diese Lehre hat nahezu einhellig Ablehnung gefunden; [291]) die in Doktrin und Rechtsprechung zutage tretende Rechtsentwicklung scheint demnach überwiegend in andere Richtung gehen zu wollen. Indessen muß zugegeben werden, daß diese Lehre den Gesetzeswortlaut für sich hat: Das „Nichtaustreibenkönnen" scheint doch eher auf eine bloße Belassungs- und Duldungspflicht als auf einen Eintritt des Erwerbers hinzudeuten. Auch läßt das Schweigen des Gesetzes hinsichtlich der Stellung des Vermieters nach der Veräußerung das Entstehen dieser Lehre verständlich erscheinen.

Was nunmehr die herrschende Lehre selbst angeht, so zeigt sich, daß sie den Eintritt des Erwerbers allgemein als Folge einer in den Veräußerungsvertrag stillschweigend miteinbegriffenen Klausel

---

[289]) So insbes. v. Tuhr Allg. T. d. Bgl. R. I, 220; II, 1, der m. E. mit der Auffassung von Ennecc. inhaltlich übereinstimmt. Planck nimmt in der 3. Aufl. mit Ennecc. eine Anomalie an, in der 4. Aufl. spricht er im Anschluß an v. Tuhr von der Sondernachfolge in das Schuldverhältnis als Organismus. Dabei bleibt unklar, ob er entgegen unserer Ansicht eine Divergenz der beiden Ansichten annimmt.

[290]) T. IV, § 369 p. 501 n° 31, 33.

[291]) h. L.! Siehe (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1313 note 1 und die dort zitierten. Erwähnenswert ist insbes. die Bemerkung von Planiol II n° 1709 note 3. Vgl. ferner noch Laurent XXV n° 392, der insbes. die Zurückführung der Ansicht von Aubry und Rau auf die Vorarbeiten als unrichtig bezeichnet. Périer p. 164, 165 bezeichnet diese Lehre in ihren Konsequenzen als unpraktisch, weil sich der Mieter weiter an den Veräußerer als Vermieter halten müsse — ein sehr wesentlicher Gesichtspunkt.

ansieht, auf Grund deren der Erwerber sich zur Aufrechterhaltung des Mietvertrages verpflichtet habe. Die Aufnahme dieser Klausel in den Veräußerungsvertrag sei schon vor Bestehen des C. c. allgemein üblich gewesen, dieser habe durch Aufstellung einer dahin gerichteten, gesetzlichen und unwiderlegbaren Vermutung die Entwicklung lediglich vollendet. Bezeichnend sind etwa Worte, wie sie Laurent[292]) gebraucht: "Dans l'ancien droit l'acquéreur pouvait expulser le preneur, à moins qu'il ne se fût engagé à entretenir le bail; dans ce cas, il était subrogé aux droits et obligations du bailleur. Qu'a fait le code? Il sous-entend la clause que l'acquéreur est tenu de respecter le bail."

Man muß sich darüber klar sein, daß diese Erklärung, wenngleich sie die geschichtliche Entwicklung richtig wiedergibt,[293]) konstruktionell nicht viel besagt; insbesondere klärt sie das Zustandekommen von Rechtsbeziehungen zwischen Erwerber und Mieter, das doch allgemein angenommen wird, nicht genügend auf. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen läge es eher nahe, den Veräußerer Vermieter bleiben zu lassen und den Erwerber nur zu einem, allerdings auch vom Mieter verlangbaren Dulden zu verpflichten.[294])

Vereinzelt zeigen sich allerdings Konstruktionsversuche. So z. B. bei C. d. Santerre, wenn er sagt: "Le vendeur a cédé à l'acheteur sa créance contre le locataire au même temps qu'il lui imposait la charge de ses obligations envers ce locataire."[295]) Nun kann man zwar geneigt sein, den Übergang der Vermieterrechte als Folge einer Zession anzusehen; diese Anschauung kehrt auch in der Doktrin häufig wieder[296])und begegnet im französischen Recht vielleicht deshalb keinen besonderen Bedenken, weil sich aus dem Gesetz nicht zwingend ein Ausscheiden des Vermieters (Veräußerers) ergibt und deshalb — im Gegensatz zum deutschen Recht — auch nicht zwingend gesagt ist, daß alle künftigen Vermieterrechte in der Person des Erwerbers und nur in dieser entstehen.[297]) Aber unklar bleibt dabei doch der Übergang aller Vermieterpflichten, was Huc zutreffend hervorhebt: "Comment admettre qu'en transportant sa créance à l'acheteur, le vendeur ait pu lui transporter ou imposer en même temps ses obligations? Comment admettre qu'il ait pu rendre le preneur obligé personnel et direct du nouveau propriétaire?"[298]) Bei Zachariae-Crome wird in diesem Zusammenhang auf die soge-

---

[292]) XXV n° 392 p. 437. Planiol II n° 1741 p. 587.
[293]) S. etwa Périer p. 90, 159, 165, 166; Seng S. 50 ff.
[294]) Seng am vorzitierten Orte.
[295]) VII n° 181 bis II.
[296]) Vgl. insbes. Périer p. 154.
[297]) S. dazu (zum schweiz. Recht) Beetschen a. a. O. S. 39, 40. Gegen ihn — für schweiz. Recht auf jeden Fall richtig — Oser zu Art. 259, II 3 α S. 1020 (11).
[298]) Huc X n° 342.

nannten actiones in rem scriptae verwiesen,[299]) was sicher naheliegend, aber auch nicht völlig klärend ist. — Häufig wird auch auf den Vertrag zugunsten Dritter zurückgegriffen und erklärt, die Schutzwirkung sei die Folge einer in dem Vertrag aufgenommenen, diesbezüglichen „Stipulation"; [300]) besonders Périer [301]) glaubt die (vom Gesetz in jedem Falle vermutete) Klausel im Veräußerungsvertrag nur in dieser Weise erfassen zu können: "Il faut partir de cette idée que la clause d'entretenir de bail a toujours été considérée comme une stipulation pour autrui." Indessen muß Périer [302]) — von einzelnen konstruktionellen Schwierigkeiten einmal abgesehen — selbst zugeben, daß sich bei Zugrundelegung dieser Rechtsform die Schutzwirkung zugunsten des Mieters erst als sekundäre Folge eines neuen, im Veräußerungsvertrag für ihn begründeten Rechtes darstellt. Und es ist nur die ergänzende Fortführung dieses Gedankens, wenn Périer weiter ausführt, daß auf diese Weise eine eigentliche Schuldnachfolge nicht begründet werden könne. Dennoch erscheint ihm der Alleineintritt des Erwerbers unter allenfalls subsidiärer Weiterhaftung des Veräußerers (Schadensersatz) als das Normale. So ist bei ihm schließlich auch die Äußerung zu finden, daß "une véritable succession aux droits et obligations de l'aliénateur au point de vue de bail" die einfachste und logischste Interpretation des Art. 1743 wäre; sie sei aber nicht möglich, weil das Gesetz eine derartige Schuldnachfolge (Schuldübernahme) nicht zulasse. Letzteres ist allerdings richtig, denn das französische Recht kennt keine Singularsukzession auf der Schuldnerseite; [303]) eigentümlich aber ist, daß — nach unseren Feststellungen — im Anschluß daran weder bei Périer noch auch sonst der Gedanke einer gesetzlich angeordneten Novation (als Surrogat der Schuldübernahme) auftaucht.

Am häufigsten wird die Rechtswirkung des Art. 1743 einfach als Subrogation (subrogation) des Erwerbers bezeichnet.[304]) Dabei wird dieser Begriff sicher weiter gefaßt, als ihn das Gesetz verwendet, das in den Art. 1249 ff. von Subrogation nur dann spricht, wenn unter gewissen Voraussetzungen die Rechte eines Gläubigers auf einen Dritten übergehen, der die zugrundeliegende Schuld beglichen hat. Aber auch die Subrogation im weiteren Sinne, d. h. allgemein der Eintritt in die Rechte eines Gläubigers [305]), ist nicht das, was die Doktrin im Falle des Art. 1743 mit diesem Namen belegt. Vielmehr

[299]) I § 123, 3. Vgl. auch (für deutsches Recht) Ennecc. I, 1 § 104, I, 2.
[300]) Colin-Cap. II p. 521, 522.
[301]) Périer p. 166.
[302]) Vgl. zum Ganzen Périer p. 165—169.
[303]) Colin-Cap. II p. 156.
[304]) So bei (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1313, Planiol II n° 1743 und Zachariae-Crome § 123 Anm. 12. Einzelheiten aus der Judikatur bei (Baudry-Lac.)-Wahl Anm. 1.
[305]) S. zum ganzen Zachariae-Crome § 301 S. 336.

umfaßt nach der Rechtslehre der Ausdruck Subrogation in diesem Zusammenhang den Eintritt insgesamt, also den Übergang von Rechten und Pflichten. Bezeichnenderweise werden bei Colin-Capitant die Rechtswirkungen der §§ 571 ff. dBGB auch als Subrogation angesprochen.

Konstruktionell ist damit allerdings auch nicht geholfen; aber es ist vielleicht angängig in dem so gearteten Gebrauche dieses Ausdruckes ein sicheres Anzeichen dafür zu sehen, daß die Entwicklung in Frankreich ebenfalls zur Annahme einer Anomalie, einer singulären, nicht mehr zergliederbaren, aber auch nicht mehr zergliederungsbedürftigen Rechtserscheinung drängt.

III. Auch die österreichische Rechtslehre bleibt eine befriedigende juristische Konstruktion des von ihr angenommenen Eintritts schuldig.

Das gilt vor allem von den neueren Schriftstellern, nach deren herrschend gewordener Ansicht der Erwerber eines vermieteten Grundstückes schlechthin (sowohl im Falle des § 1120 als auch des § 1095 ABGB) in das Vertragsverhältnis eintritt. Sie knüpfen im wesentlichen an die Tatsache des Eintritts an und besprechen dessen rechtliche Folgen, ohne indessen für den Eintritt selbst eine juristische Grundlage zu suchen.[306])

In der älteren Rechtslehre, die — wie erwähnt wurde — den Eintritt als typische und alleinige Folge des § 1095 betrachtete, findet sich ein Zurückgreifen auf den Begriff der Realschuld; zu einer solchen wandle sich das Rechtsverhältnis um und dadurch werde „jeder Besitzer des Grundstücks und nur dieser Subjekt der aus dem Bestandverhältnisse sich ergebenden Verbindlichkeiten".[307]) Diese Erklärung findet sich noch bei Schuster v. Bonnot.[308]) Und Pfersche spricht davon, daß durch die Verbücherung die Pflicht „wie eine Reallast auf den jeweiligen Eigentümer" übergehe.[309]) Eine klare und vollständige Erklärung des Eintrittes in die Rechte und Pflichten wird dadurch aber auch nicht gegeben. Gewiß liegt eine Anlehnung an den deutschrechtlichen Gedanken der Realschuld nahe, nach welchem gewisse Rechte und Pflichten mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, und es ist vielleicht auch berechtigt, von hier aus den Blick auf die Reallasten zu richten, wenngleich bezüglich der letzteren doch immer einzuwenden bleibt, daß sie als dingliche Lasten auf dem Grundstück ruhen und die Erfüllung zwangsweise aus diesem, aber auch nur aus ihm verlangt werden kann. Auf jeden Fall aber ist die Parallele nie geeignet, den Über-

[306]) Ehrenzweig § 370, III, 2; Klang zu § 1120, III, 1; Demelius a. a. O. S. 202; Mayr § 377, 3 b.

[307]) Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 3. Aufl. § 370.

[308]) Grundriß des Obligationenrechtes (1914) § 62.

[309]) Grundriß des Sachenrechtes (1911) § 39, V.

gang der gesamten synallagmatischen vertraglichen Beziehungen zu erklären.[310])

Eine Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräußerer zwecks vollwirksamen Eintritts des Erwerbers in den Vertrag kann „nach Lage des Falles" als ein Vertrag zugunsten des Bestandnehmers als Dritten in Betracht kommen. Diese von Klang stammende Erklärung[311]) besagt für den Eintritt als solchen auch nichts; zudem ist sie aber nur verwendbar im Falle besonderer über die gesetzliche Regelung hinausgehender Privatvereinbarungen. Es liegt deshalb nahe, auch für österreichisches Recht den von der Doktrin gelehrten Eintritt als eine rechtliche Besonderheit aufzufassen. Immerhin muß aber zugegeben werden, daß die Zurückführung auf eine Verbindung von Zession und Schuldübernahme näher liegt als im deutschen Recht. Denn die Stellung des Veräußerers nach der Übereignung bleibt — jedenfalls nach dem Gesetz — unklar; soweit aber anzunehmen wäre, daß er Mitvermieter und nicht nur subsidiär Haftender bleibt, könnte er auch zedieren, da die Rechte dann auch in seiner Person entstehen würden. Eine Stütze für eine dahingehende Erwägung ist in der Rechtslehre aber nicht zu finden (vgl. insbesondere Ehrenzweig § 370 Anm. 76. S. oben S. 39, 40). Überdies bleibt die wichtige und reichlich umstrittene Frage offen, ob auf diese Weise alle Rechte, z. B. auch das Kündigungsrecht (Gestaltungsrecht), abgetreten werden können.[312]) Und ferner ist mit Crome darauf zu verweisen, daß die Schuldübernahme auch nicht geeignet ist, den Übergang aller Vermieterpflichten zu erklären.[313])

β) Für das schweizerische Recht bildet diese Frage ungleich geringere Schwierigkeiten.

I. Soweit keine Überbindung stattgefunden hat, und der Erwerber auch nicht (wegen unterlassener Kündigung) nach Art. 259 Abs. 2 als eingetreten gilt, bedarf es keiner besonderen juristischen Konstruktion, weil im Zweifel zwischen dem Erwerber und dem Mieter kein Rechtsverhältnis zustandekommt. Der Erwerber hat lediglich die negative, von Theorie und Praxis als nicht besonders erklärungsbedürftig aufgefaßte Verpflichtung, den weiteren Gebrauch des Mieters und solche Handlungen des Vermieters zu dulden, die diesen Gebrauch ermöglichen.[314]) Dasselbe gilt nach der (noch) herrschenden Auffassung im Falle vorgemerkter Miete, wobei sich aber die Duldungspflicht des Erwerbers auf die ganze Vertragsdauer erstreckt,

---

[310]) S. dazu auch Crome a. a. O. S. 24, 41.
[311]) Klang zu § 1120, III, 2 b.
[312]) S. dazu Oser zu Art. 259, II 3 b α (11) und Beetschen a. a. O. S. 39, die diese Erweiterung der Zessionswirkung bejahen.
[313]) Crome, System II § 242 Anm. 10.
[314]) Oser zu Art. 259, III, 2 b.

während sie nach Art. 259 Abs. 2 nur während der Kündigungsfrist andauert.

II. Hat hingegen eine Überbindung stattgefunden, oder hat der Erwerber im Sinne des Art. 259 Abs. 2 die Kündigung unterlassen, so kommt zwischen dem Erwerber und dem Mieter ein Rechtsverhältnis zustande. Aber für dessen juristische Erklärung können ohne besondere Schwierigkeiten bereits bekannte Rechtserscheinungen zugrundegelegt werden, gleichviel ob der Mieter den Vermieter entlassen hat oder nicht.[315])

Liegt keine Entlassung des Veräußerers vor, so ist der Übergang der Vermieterrechte auf den Erwerber als Zession zu betrachten. Hinsichtlich seiner gleichzeitig eintretenden Verpflichtung läge es nahe, von einer Schuldübernahme zu sprechen.[316]) Dabei muß aber beachtet werden, daß eine solche (als den bisherigen Schuldner befreiender Akt) die Zustimmung des Mieters voraussetzen würde, die bei Nichtentlassung des Vermieters gerade aussteht.[317]) Um eine rein interne Erfüllungsübernahme, die der Mitwirkung des Mieters nicht bedürfte, handelt es sich aber auch nicht, denn auf Grund der positiven Vorschrift des Art. 259 Abs. 1 erhält der Mieter trotz Nichtentlassung des Vermieters auch ein selbständiges Recht auf Erfüllung gegen den Erwerber, was dem Wesen der Erfüllungsübernahme widerspricht.[318]) Eher ist schon die Rechtsform des Vertrages zugunsten Dritter geeignet, den Vorgang und insbesondere die Begründung eines selbständigen Rechtes zugunsten des Mieters juristisch zu erklären.[319]) Am zutreffendsten ist es aber wohl, von kumulativer Schuldübernahme (Schuldbeitritt, Schuldmitübernahme) zu sprechen.[320])

III. Bei Entlassung des Vermieters durch den Mieter bestehen hinsichtlich der Zurückführung der Pflichten des Erwerbers auf eine Schuldübernahme die zuletzt besprochenen Schwierigkeiten nicht mehr, denn der Erwerber tritt unter diesen Umstän-

---

[315]) Der Vollständigkeit halber muß erwähnt werden, daß Herrschsohn (Die Kündigung im schw. OR Züricher Diss. 1925) a. a. O. S. 94 für schw. Recht behauptet, der Art. 259 Abs. 1 sei eine Sondernorm: die Überbindung sei deshalb nicht auf bekannte Rechtsinstitute zurückzuführen, sie bewirke vielmehr ein Einrücken des Erwerbers an die Stelle des ausscheidenden (!) Veräußerers. Diese — wie man sieht — dem deutschen Recht angeglichene Auffassung kann de lege lata schon auf Grund des Gesetzeswortlauts nicht zugrundegelegt werden. Gegen sie aus zutreffenden Gründen Oser zu Art. 259 II, 3 b α (12).

[316]) Auf diese Verbindung von Zession und Schuldübernahme will Bekker den Eintritt des Erwerbers stützen, zu Art. 259, II Z. 3.

[317]) Oser zu Art. 259, II 3 b α (10).

[318]) Oser ebenda.

[319]) Beetschen S. 41, 42 im Anschluß an Heuberger und Janggen. Es sei nochmals darauf verwiesen, daß diese Erklärung nicht geeignet ist, der Weiterhaftung des Veräußerers subsidiären Charakter zu verleihen.

[320]) So im Ergebnis Oser am vorzit. Orte.

den im vollen Umfange und allein an die Stelle des alten Schuldners (Veräußerers). Aber es ist dann umgekehrt wieder zweifelhaft, ob hinsichtlich der Vermieterrechte eine Zession zugrundegelegt werden kann, weil solchenfalls die erst künftig fällig werdenden Ansprüche zweifellos in der Person des Erwerbers und nur in ihr entstehen, von dem Veräußerer also nicht abgetreten werden können.[321]) Deshalb dürfte es sich empfehlen, mit der herrschenden Lehre[322]) für diesen Fall eine Novation anzunehmen; allerdings gehen dadurch dem Mieter eventuelle Sicherheiten verloren, aber das allein verfängt nicht, weil der Mieter, wenn ihm diese Sicherheiten sehr bedeutsam erscheinen, zur Entlassung des Vermieters nicht gezwungen ist; auch können die Sicherheiten in der Überbindung mit erneuert werden.[323])

3) Auswirkung der Schutzbestimmungen im einzelnen.

a) Umfang im allgemeinen.

α) Der Kreis der Rechte und Pflichten des eintretenden Erwerbers ergibt sich aus den Beziehungen, wie sie zwischen dem ursprünglichen Vermieter und dem Mieter bestanden haben. Während in Frankreich und Österreich die Gesetze keinen deutlich dahingerichteten Hinweis geben, verleiht das dBGB diesem Gedanken dadurch Ausdruck, daß es sagt, der Erwerber trete in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Das OR spricht in Art. 259 I einfach von der Fortsetzung des Mietvertrages durch den Erwerber.[324]) Diesem geringfügigen terminologischen Unterschied muß mit Beetschen[325]) doch eine gewisse Bedeutung zugesprochen werden: Während der Ausdruck Mietvertrag das ursprünglich zugrundegelegte, festumrissene Vertragsstatut bezeichnet, erfaßt der Ausdruck Mietverhältnis mehr die Beziehungen der Parteien unter Berücksichtigung aller Hinzufügungen und Änderungen. Dies ist für die folgenden Ausführungen von besonderem Interesse:

Sicher wird sich der Inhalt der Mietverträge in der Regel nicht in den vom Gesetze aufgestellten Rechten und Pflichten erschöpfen, sondern er wird häufig durch besondere Parteivereinbarungen eingeengt oder erweitert, durch besondere Nebenrechte und -pflichten

---

[321]) Dabei wird an dieser Stelle davon abgesehen, daß die Abtretung von Gestaltungsrechten im besonderen Schwierigkeiten bereitet.

[322]) Oser Art. 259, II 3 β; Beetschen S. 39; BGE 31, II S. 604.

[323]) Diesen Gedankengang entnehmen wir Oser. Er weist auch mit Recht darauf hin, daß die Schuldübernahme in dieser Hinsicht wegen Art. 171 II OR auch keine volle praktische Gewähr für den Fortbestand der Sicherheiten biete.

[324]) Vergl. allerdings auch Art. 259 II, wo in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht der Ausdruck Mietverhältnis verwendet wird.

[325]) A. a. O. S. 49 im Zusammenhang mit den Vorausverfügungen.

ergänzt oder sogar mit anders gearteten Rechtsbeziehungen in Zusammenhang gebracht werden. Dabei werden diese Modifikationen oft bei Abschluß des Vertrages, häufig aber auch erst danach vorgenommen werden. Hinsichtlich ihrer Wirkung gegenüber dem Erwerber ist deshalb folgendes festzuhalten:

I. Für das deutsche und österreichische Recht sind Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis nur solche, die sich aus dem typischen Zweck des Vertrages als eines Mietvertrages ergeben. So z. B. auf der Pflichtenseite die Gebrauchsgewährung, die Erhaltung im gebrauchsfähigen Zustand, und das Eintreten für vorhandene und neu auftretende Mängel; [326]) von den Vermieterrechten seien hervorgehoben die Mietzinsansprüche, der Anspruch auf Rückgabe nach Ablauf der Miete, und der auf Unterlassung vertragswidrigen Gebrauches. Änderungen dieser gesetzlich festgelegten Vermieterrechte und -pflichten sowie sonstige, besondere Parteivereinbarungen [327]) bleiben in ihrem Gesamtinhalt bestehen, sofern sie — allein das ist ausschlaggebend — typisch mietrechtlichen Charakter tragen. Hingegen gehen mietfremde Rechte und Pflichten, die auf Grund von Nebenabreden mit dem Mietvertrag in mehr oder weniger enge Beziehung gebracht worden sind, auf den Mieter nicht über, selbst wenn sie mit der zugrundeliegenden Miete in engem, wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Und sogar eine Nebenabrede mit mietrechtlichem Charakter erfährt dieselbe Behandlung, sofern ihr nämlich keine ausdrückliche Verpflichtung, sondern lediglich ein „gunstweises Gestatten", eine reine Gefälligkeit einer Partei zugrundeliegt. [328]) [329])

Auch im französischen Recht wird der Rechte- und Pflichtenkreis des Erwerbers erfaßt in konsequenter Anknüpfung an den Inhalt des bisherigen Mietvertrages: "L'acquéreur doit respecter toutes les clauses qui concernent le bail ayant date certaine c'est-

---

[326]) Hinsichtlich des letztgenannten Anspruches ist zu erwähnen, daß Ansprüche und Rechte auf Schadloshaltung aus der Besitzzeit des alten Vermieters nicht mit übergehen. So jedenfalls für deutsches Recht Staudinger zu § 571, I 3 d. Der Mieter kann demnach auch nicht die für eine frühere Zeit entstandenen Ansprüche aus den §§ 536, 538 dBGB geltend machen, es sei denn, daß der Schaden in die jetzige Zeit herüberreicht. Allerdings sind bezüglich dieses Punktes die Meinungen geteilt; vergl. Ennecc. § 355, III und Oertmann zu § 571, 3 b.

[327]) Vergl. statt aller v. Gierke § 196 Anm. 17.

[328]) Siehe die kurz gefaßte Kasuistik bei Ennecc. I, 2 § 355 A. 10. Ferner v. Gierke § 197 Anm. 51—53.

[329]) Klang zu § 1120, III b sagt ganz allgemein ohne feste Umgrenzung, daß alle Nebenarbeiten in Geltung bleiben. Dies ist sehr zweifelhaft, jedenfalls beim Fehlen besonderer Parteivereinbarungen. Bezeichnenderweise löst er das einzige von ihm aufgeführte Beispiel (Konkurrenzverbot) anders als die herrschende deutsche Ansicht.

à-dire qui règlent les droits et les obligations du bailleur et du preneur comme tels".[330])

So ist es sicher, daß dem Erwerber alle gesetzlich aufgestellten Pflichten des Vermieters obliegen, z. B. die Übergabe der Sache, die Erhaltung in dem Zustande, in dem sie übergeben wurde, und die Verschaffung ungestörten Genusses während der Mietzeit (Art. 1709). auch er darf die Form der vermieteten Sache während der Mietzeit nicht verändern (Art. 1723) und ist verpflichtet, für die sog. „großen Reparaturen" einzustehen, die sich als notwendig erweisen. Umgekehrt erhält er dafür auch grundsätzlich alle Vermieterrechte.

Wie steht es nun mit den vertraglichen Abreden, die den vom Gesetze aufgestellten Rechte- und Pflichtenkreis modifizieren, ihn bereichern oder gar mit außerhalb des Mietvertrages liegenden Rechtsbeziehungen verquicken? Hier wird — wie in Deutschland — zunächst angenommen, daß Vereinbarungen, die nur beiläufig mit dem Mietvertrag in Zusammenhang gebracht worden sind (conventions accessoires), ohne indessen ihrem Wesen nach zum Mietvertrag zu gehören, nicht übergehen. Dabei wird ebenfalls hervorgehoben, daß selbst innige wirtschaftliche Verbundenheit daran nichts ändern kann.[331])

Anders liegt es auch für französisches Recht mit den typisch mietrechtlichen Abänderungen und Ergänzungen. Diese bleiben Inhalt des Mietvertrages auch gegenüber dem neuen Erwerber. Allerdings wird behauptet,[332]) daß auch diese nur übergehen, soweit sie gewisse Erleichterungen oder Erschwerungen der durch das Gesetz fixierten Rechte und Pflichten enthielten. Aber diese Auffassung ist zu eng; sie bannt den Kreis der Rechte und Pflichten zu sehr in den vom Gesetz vorgesehenen Rahmen und läßt das rechtliche Bedürfnis unberücksichtigt, die dem Mietvertrag entspringenden gegenseitigen Leistungen teils in anderer Form, teils in größerem Umfange auszugestalten, als es das Gesetz tut. Maßgebend bleibt deshalb der mietrechtliche Charakter im weiteren Sinne, nicht die enge Anlehnung an die vom Gesetz nur exemplikativ aufgezählten Hauptrechte und -pflichten.[333])

---

[330]) (Baudry-Lac.)-Wahl nº 1301 p. 752.

[331]) Vergl. zum ganzen Baudry-Lac. nº 1301 a. E.; Guillouard t. I § 361; Périer p. 171 und die bei allen Schriftstellern zitierte Entscheidung Dijon 11. févr. 1874, Sirey 75. 1. 33 mit Anmerkung von Renault. Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Eigentümer einer Schiefermine vermietete ein Fabrikgrundstück und verpflichtete sich zugleich im Mietvertrag, die für den Betrieb der Fabrik erforderlichen Rohmaterialien aus der Mine zu liefern. Die Entscheidung läßt die Verpflichtung übergehen, die Wissenschaft lehnt einhellig ab.

[332]) Périer p. 170, 171.

[333]) Baudry-Lac. nº 1301. Von den dort genannten Beispielen sei besonders jenes hervorgehoben, gegen das sich Périer wendet und dem eine Entscheidung des Trib. de la Seine v. 20. nov. 1891 zugrundeliegt. Danach ist

Ebenfalls in Übereinstimmung mit der deutschen Rechtslehre wird hingegen allgemein angenommen, daß „Rechte und Pflichten", seien sie auch mietrechtlicher Natur, dann nicht auf den Erwerber übergehen, wenn sie ihren Ursprung haben in einer bloßen Gefälligkeit und Bereitwilligkeit einer Partei.[334]) Selbst wenn insoweit eine einklagbare Verbindlichkeit anzunehmen ist, läßt sie die französische Doktrin und Rechtsprechung im Verhältnis zum Erwerber nicht zum Vertragsinhalt werden.[335])

II. Im schweizerischen Recht bestimmt sich der Rechte- und Pflichtenkreis des mit- oder alleinverpflichteten Erwerbers grundsätzlich auch nach dem alten Mietverhältnis;[336]) soweit bei vollwirksamer Überbindung eine Novation zugrunde zu legen ist, bezieht sich diese vorwiegend auf den Subjektwechsel, während die Rechte und Pflichten im Zweifel dieselben bleiben. Die Frage mietfremder sowie solcher Vereinbarungen, die nur einem „gunstweisen Gestatten" entspringen, wird in der Doktrin wenig berücksichtigt. Ihre Beantwortung dürfte sich nach den bisherigen Ausführungen dahin ergeben, daß in derartige Rechte und Pflichten der Erwerber nur dann eintritt, wenn sie in der Überbindung besonders erwähnt wurden. Eine unbillige Härte für den Mieter liegt darin nicht, da er ja den alten Vermieter nicht zu entlassen braucht, soweit sich der Erwerber nicht auch außerordentliche Pflichten überbinden läßt.

β) Soweit nach den vorstehenden Ausführungen der Vertrag im ganzen fortbesteht, ist es für deutsches Recht ohne Belang, in welchem Zeitpunkt die einzelnen Abmachungen zum Vertragsinhalt gemacht worden sind; Änderungen und Zusätze gehören also auch dann hierher, wenn sie erst später, nach dem eigentlichen Vertragsabschluß, hinzugefügt worden sind. Die Befürchtung, daß auf diese Weise der Erwerber unter Umständen übermäßigen Belastungen, insbesondere solchen von zu langer Dauer, und ihm unbekannt gebliebenen, in bloßen mündlichen Nebenabreden festgelegten Pflichten ausgesetzt wird, ist nicht begründet: Sie wird in wirtschaftlich ausreichender Weise einmal dadurch ausgeschaltet, daß Mietverträge über Grundstücke von längerer als einjähriger Dauer gemäß § 566 dBGB ausnahmslos schriftlich abgefaßt sein müssen und in Ermange-

---

der Erwerber verpflichtet, dem Mieter gewisse größere Ausgaben für die Mietsache zu ersetzen, wenn sich der Vermieter, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein, zu deren Rückerstattung verpflichtet hatte.

[334]) Sog. autorisations de pure tolerance; favuer personelle.

[335]) (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1304. 1305; Périer p. 172; ferner die Rechtsprechung, die teilweise aus Art. 1122 argumentiert: Cass. civ. 18 avril 1893 und Cass. civ. 5. mai 1894: Sirey 97. 1. 74: Dalloz 94. 51. 58. Letzt. Entsch. bezieht sich auf eine Vereinbarung, durch die ein Verpächter berechtigt sein sollte, die Entschädigung für einen von ihm zu vertretenden Wildschaden von sich aus festzusetzen.

[336]) Beetschen a. a. O. S. 43.

lung dieser Form nach Jahresfrist wie Mietverträge ohne vereinbarte Dauer gekündigt werden können. Was im besonderen mündliche spätere Zusätze zu schriftlichen Verträgen angeht, so findet sich schon in den Protokollen die Äußerung,[337]) daß zufolge der allgemeinen rechtlichen Grundsätze derartige Vereinbarungen mangels der gesetzlich vorgeschriebenen (eben auch für sie geltenden) Form für die Beteiligten unverbindlich sind; das ist die im wesentlichen[338]) zutreffende und deshalb zugrunde zu legende Auffassung.[339]) Ein weiteres Palliativ zugunsten des Erwerbers stellt sodann der § 444 dBGB auf, indem er bestimmt, daß der Verkäufer einer Sache dem Käufer über alle den Kaufgegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse Auskunft zu geben hat.[340]) — In Bereiche des österreichischen Rechts sind für unverbücherte Bestandverträge gleiche Gesichtspunkte maßgebend. Aber Befürchtungen der angedeuteten Art sind noch viel weniger am Platze, da ohne Rücksicht auf Dauer und Form alle Mietverträge außervertragsmäßig gekündigt werden können, wenn das Bestandstück veräußert worden ist. Zudem sind die dann maßgeblichen gesetzlichen Kündigungsfristen noch ungleich kürzer als im deutschen Recht, vgl. § 1116 ABGB.[341]) Daß durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Kündigungsverzicht ein Eintritt für die gesamte Dauer des Mietvertrages stattfindet, ist ohne Bedeutung, denn ehe sich der Erwerber durch einen solchen Verzicht bindet, kann er sich über den gesamten Vertragsinhalt Gewißheit verschaffen. Etwas schwieriger liegt die Frage im Falle verbücherter Miete, denn dann ist zwingend ein Eintritt für die ganze Vertragsdauer gegeben. Wie verhält es sich dann mit mündlichen Nebenabreden, sei es, daß sie mit oder erst nach Vertragsabschluß zustandekamen? Zur Lösung dieser Frage muß man sich vergegenwärtigen, in welchem Umfange der Vertragsinhalt im Hauptbuche oder doch wenigstens in der diesem angeschlossenen Urkundensammlung[342]) festgehalten wird (§ 19 GBG). Nach § 4 GBG sind nur die wesentlichen Punkte des Mietvertrages einzutragen, z. B. die Person des Mieters, die Mieträume und die Mietzeit.[343]) Diese müssen es aber sein,

[337]) Protokolle II, S. 141.

[338]) Über gewisse Einschränkungen vgl. Staudinger zu § 566, IV, 1.

[339]) Staudinger ebenda. Ob derartige mündliche Nebenabreden auf jeden Fall dann ihre Wirksamkeit auch gegenüber dem Erwerber behalten, wenn dieser auf irgendeine Weise davon Kenntnis erlangt hat, und diese Kenntnis bewiesen wird, ist eine andere, mit Staudinger wohl zu bejahende Frage.

[340]) Einzelheiten über diese Vorschrift bei Staudinger zu § 571, I, 2 b.

[341]) Vgl. dazu die bei v. Schey aufgezählten partikularen Vorschriften.

[342]) In das Hauptbuch findet seit Inkrafttreten des Grundbuchgesetzes in der Regel nur das Mietrecht als solches Aufnahme; der Vertrag ist in die Urkundensammlung verwiesen. Vgl. Demelius a. a. O. S. 207, 208.

[343]) Einzelheiten sind streitig. Klang § 1095, 1 und Demelius S. 208, 209. Dieser zieht den Kreis der wesentlichen Punkte ziemlich eng und begründet

wennanders nicht überhaupt die gesamte Eintragung in ihrer Wirksamkeit berührt werden soll; daraus ist unschwer zu folgern, daß frühere Nebenabreden, die sich auf wesentliche Vertragspunkte beziehen, diesen gleichbehandelt, d. h. in die zu hinterlegende Urkunde aufgenommen werden müssen. Anderenfalls ist im Zweifel die ganze Eintragung mangelhaft und daher unwirksam.[344]) Hingegen kann das Fehlen eines sonstigen Vertragspunktes die Wirksamkeit der Eintragung nicht berühren,[345]) und das gleiche gilt von darauf bezüglichen Nebenabreden. Diese aber können, wie von der Theorie und Praxis einhellig angenommen wird,[346]) dem Erwerber auch nicht entgegengehalten werden; sie verpflichten ihn nicht, weil es dem Geist und der Absicht des § 1095 ABGB widersprechen würde, den Erwerber auch an solche, ihm unbekannt gebliebenen Ergänzungen oder Änderungen gebunden zu halten, die, ohne grundbücherlich eingetragen zu sein, eine Erweiterung der Rechte des Bestandnehmers darstellen. — Im Bereiche des französischen Rechts wird in diesem Zusammenhang vereinzelt die Ansicht vertreten, daß Abänderungen des Mietvertrages, die erst nach dessen Abschluß erfolgt sind, den Erwerber schlechthin nicht binden; dies soll auch gelten ohne Rücksicht darauf, ob diese Abänderungen selbst ein sicheres Datum erlangt haben oder nicht: les conventions qui modifient au profit du preneur les clauses d'un bail antérier ne sont jamais opposables à l'acquéreur.[347]) Begründet wird dies damit, daß der Art. 1743 C. c. eine singuläre Abweichung vom gemeinen Recht, darstelle, die eine möglichst eingeengte Anwendung zu finden habe.[348]) Die Rechtsprechung entscheidet hier im wesentlichen anders, indem sie derartige spätere Abänderungen auf jeden Fall dann für "opposable" erklärt, wenn sie für sich den Anforderungen des Art. 1743 genügen, d. h. in öffentlicher Form errichtet worden sind oder ein sicheres Datum erlangt haben. Dies geschieht wohl mit Recht, denn Abänderungen können oft durch praktische Not-

---

dies zutreffend damit, daß die Eintragung für die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag nicht konstitutive Bedeutung habe, sondern lediglich bezwecke, das außervertragsmäßige Kündigungsrecht auszuschließen; diese geringere Rechtsfolge dürfte auch eine geringere Vollständigkeit der Eintragung als Voraussetzung beanspruchen (S. 208 unten).

[344]) So im Ergebnis Demelius.

[345]) Für eine gegenteilige Ansicht war nach Demelius allenfalls zu der Zeit Raum, in der der Mietvertrag noch in eine als öffentliches Buch dienende Urkundensammlung aufgenommen wurde.

[346]) Demelius S. 210; Klang zu § 1095. 2 und die Entscheidung des O.Ger. H. vom 26. 4. 1898 zitiert bei Glaser und Unger n. F. I, S. 140.

[347]) (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1306.

[348]) (Baudry-Lac.)-Wahl ebenda. S. auch Périer S. 173. Bei beiden Schriftstellern auch weitere Gründe.

wendigkeiten bedingt sein, und es muß deshalb als Wille des Gesetzgebers angesprochen werden, den Mietvertrag mit dem Inhalt fortbestehen zu lassen, den er im Zeitpunkt der Veräußerung hatte. Diesen Inhalt aber bildet die Gesamtheit aller Parteivereinbarungen hinsichtlich derer die Voraussetzungen des Art. 1743 erfüllt sind.[349]) — Für die Schweiz ist in diesem Zusammenhang der Zeitpunkt der Überbindung maßgebend. Abänderungen und Hinzufügungen, die der (noch nicht entlassene) alte Mieter mit dem Mieter vereinbart, binden den Erwerber als solidarisch Verpflichteten nur, wenn sie auch sein Einverständnis gefunden haben.[350]) Im Falle vorgemerkter Miete bindet den Erwerber nur eine Duldungspflicht, es erfolgt kein Eintritt; aber Art und Umfang dieser Duldungspflicht richten sich, eine Parallele zum österreichischen Recht, nach dem Inhalt des Grundbuches bzw. der daran angegliederten Pläne, Liegenschaftsverzeichnisse etc. (Art. 942 ZGB). Vorzumerken bzw. als Beleg dem Grundbuch gemäß Art. 942 Abs. 3 ZGB „einzuverleiben" [351]) ist der ganze Vertrag sowie alle Zusätze und Änderungen; geschieht das nicht, so müssen Umfang und Inhalt des zu duldenden Mietrechts nach den allgemeinen Regeln des OR über Miete und Pacht als bestimmt gelten, da es „den Grundprinzipien des Grundbuchrechts widersprechen" würde, einem Recht Wirkung gegen Dritte zu verleihen, das nach Umfang und Inhalt aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist.[352])

γ) Als besonderes Merkmal hebt der § 571 dBGB noch hervor, daß der Eintritt des Erwerbers nur erfolgt für die sich *während der Dauer seines Eigentums* aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten; nur wenn der Erwerber vollwirksam Eigentümer wird, und nur solange er es bleibt, soll er zum Träger der Vermieterrechte und -pflichten werden. Diese Bestimmung ist nur eine Bestätigung des wiederholt erwähnten und für richtig erkannten Gedankens, daß alle Rechte und Pflichten nach der Veräußerung eigens in der Person des Erwerbers entstehen.[353]) Das *französische* und das *österreichische* Recht als Rechte, die den gesetzlich angeordneten Eintritt bejahen, schweigen in dieser Hinsicht, aber es ist ein nicht zu verkennender Hinweis, daß es für *beide* Rechte als offenbar selbstverständlich hingestellt

[349]) Périer S. 173. Von den Entscheidungen sind hervorzuheben die bei Dalloz 92. 2. 309 zitierte (Grenoble. 25 Juin 1891); ferner die des Trib. civ. Seine vom 20. Novembre 1893 (Droit 22 Décembre 1893); Trib. sup. Colmar 13 Juillet 1898 zitiert bei Sirey 1901. 4. 29. mit ablehnender Besprechung von Wahl.

[350]) Beetschen S. 43. Versagt der Erwerber seine Einwilligung, so hat der Mieter eventuell Schadensersatzansprüche gegen den alten Vermieter.

[351]) Scheidegger, Grundbuchvormerkungen S. 117 (II).

[352]) Scheidegger a. zit. Orte.

[353]) Siehe v. Gierke § 197, I 6 d.

wird, daß der Erwerber nur die künftig fällig werdenden, nicht auch die bereits fällig gewesenen Mietzinse für sich beanspruchen kann.[351]) — In konsequenter Verfolgung des Eintrittsgedankens bestimmt das dBGB in § 579 schließlich noch, daß bei einer Weiterveräußerung bzw. -belastung durch den Erwerber die Vorschriften der §§ 571, Abs. 1; 572—78 entsprechende Anwendung finden sollen. Dabei erfährt die Frage der Weiterhaftung (§ 571, Abs. 2) ihre besondere Regelung, vgl. § 579 Abs. 1 Satz 2.[355]) Für die anderen Rechte ist in diesem Punkte weder aus dem Gesetz noch aus der Rechtslehre oder Rechtsprechung Klärendes zu entnehmen. Es wird festzuhalten sein, daß die deutsche Regelung dem Eintrittsgedanken am ehesten gerecht wird; indessen setzt sie, und das besonders hinsichtlich § 579 Abs. 1 Satz 2, eine klare Umgrenzung der Rechtsstellung des ursprünglichen Vermieters nach der Veräußerung voraus.

b) Einzelfragen.

a) Der Mietzins steht vom Zeitpunkte des Eigentumsüberganges ab dem Erwerber zu. In der Form geschriebenen Gesetzes findet sich das wiederum nur im deutschen Recht ausgesprochen, aber es ist in dieser allgemeinen Fassung auch für Frankreich und Österreich zutreffend,[356]) weil der Eintritt als Rechtsprinzip nur diese Folge haben kann. In der Schweiz werden Veräußerer und Erwerber von diesem Zeitpunkt ab solidarisch Berechtigte,[357]) sofern nicht eine Entlassung des ursprünglichen Vermieters stattgefunden hat. Möglich ist natürlich, daß der Veräußerer dem Erwerber Mietzinse zugute kommen lassen will, die bereits vor der Veräußerung fällig gewesen aber noch nicht eingezogen worden sind; dann bedarf es einer besonderen außerhalb des sonstigen Eintritts stehenden Zession.[358]) Ob im schweizerischen Recht die Überbindung eine derartige Wirkung erzeugen soll, ist eine Frage deren Beinhaltung durch die Parteien, im Zweifel wird sie wohl zu verneinen sein.

Das Fälligwerden allein ist maßgebend. Deshalb ist es unbeachtlich, daß die fällig werdenden Leistungen unter Umständen für eine Zeit entrichtet werden, in der dem Mieter der Gebrauch zum großen Teile noch vom Veräußerer als Vermieter gewährt wurde, so z. B. wenn die Sache am 1. 3. veräußert und erst am 31. 3. der postnumerando zu zahlende Mietzins fällig wird. Dieser Fall wird in der Literatur und Judikatur kaum erwähnt; für das deutsche

---

[354]) Ehrenzweig § 370 Anm 75; Périer p. 154 (il est évident . . . . etc.).

[355]) Vgl. über deren „wenig glückliche" Fassung Ennecc. I, 2 § 355 Anm. 16; Ennecc.-Lehmann § 132, II, 2.

[356]) Vgl. etwa für Frankreich Laurent XXV n° 392; Périer p. 154; für Österreich Ehrenzweig § 370, III 2 und Klang zu § 1120, III a.

[357]) a. A. Beetschen S. 46; infolge seiner irrigen Auffassung S. 41.

[358]) Siehe dazu auch v. Gierke § 197, I 6 d.

Recht stellt ihn Staudinger,[359]) für das schweizerische Recht Beetschen in dem gleichen Sinne dar.

Von ganz besonderer Bedeutung ist die Frage der sogenannten Vorausverfügung, d. h. die Frage danach, ob und wieweit Verfügungen des Veräußerers, die dieser zur Zeit seines Eigentums über erst später (nach der Veräußerung) fällig werdenden Mietzins getroffen hat, dem Erwerber gegenüber wirksam werden.[360])

Es läge in der Konsequenz des Eintrittsgedankens, diese Frage schlechthin zu verneinen, da die nach der Veräußerung fällig werdenden Mietzinse in der Person des Erwerbers neu entstehen und insoweit unentziehbar erscheinen. Indessen geschieht das in keinem der Rechte, die einen kraft Gesetzes erfolgenden Eintritt annehmen; vielmehr werden derartige Vorausverfügungen auf Grund praktischer Erwägungen durchweg in mehr oder weniger ausgedehntem Maße für zulässig erklärt. Das schweizerische Recht nimmt auch hier eine gewisse Sonderstellung ein.

Organisch verarbeitet,[361]) d. h. ausdrücklich im Zusammenhang mit den Veräußerungsbestimmungen behandelt, ist diese Frage nur im deutschen Recht, § 573 dBGB. Für Frankreich gilt eine nebengesetzliche Regelung (L. 23 mars 1855 § 2 nº 3), und im ABGB steht die hierher gehörige, nach ihrem Wortlaut nur auf Vorauszahlungen bezügliche Bestimmung (§ 1102) in dem Abschnitt über den Mietzins. Das schweizerische Recht schweigt in diesem Zusammenhange.[362]) Für das deutsche Recht dürfte dabei aus der positiven Fassung des § 573 („ist insoweit wirksam") zu folgern sein, daß das Gesetz grundsätzlich von der Unwirksamkeit derartiger Vorausverfügungen ausgeht und danach lediglich bestimmte Ausnahmen statuiert.[363]) Im französischen und österreichischen Recht scheint hingegen ein gegenteiliger Ausgangspunkt gewählt, und die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Vorausverfügungen lediglich gewissen Einschränkungen unterworfen worden zu sein.[364]) Im Hinblick auf den erstrebten Erfolg ist das ohne Bedeutung; dem Ein-

---

[359]) Zu § 571 B I 3b. Unter Umständen besteht Ausgleichspflicht. Beetschen a. a. O. S. 46, 47.

[360]) Von der Vorausverfügung ist in diesem Zusammenhang auszugehen; natürlich gehören auch andere, zwischen Veräußerer und Mieter abgeschlossene Rechtsgeschäfte hierher. Vgl. z. B. § 574 dBGB. Siehe dazu die weitere Behandlg. im Text.

[361]) Diese Ausdrucksweise entnehmen wir Löning S. 110 Anm. 15b.

[362]) Das ist verständlich, weil der Gesetzgeber von der richtigen Annahme ausgegangen sein dürfte, daß diese gesamte Frage meist in der Überbindung (Parteivereinbarung) mitgeregelt sein wird. Vgl. Beetschen S. 46 unten.

[363]) So ist wohl auch die Doktrin zu verstehen; vgl. Ennecc. § 355, IV; v. Gierke III § 197 I 6e; auch Crome S. 23.

[364]) Vgl. bezeichnenderweise den Wortlaut des § 1102 ABGB Satz 1.

trittsprinzip als solchem wird die deutsche Auffassung gerechter.[365]) Wahrscheinlich liegt der Grund für diese praktisch nicht bedeutsame Inkonsequenz darin, daß bei Schaffung der Gesetze in Frankreich und Österreich der ganze Rechtsgedanke noch nicht voll erkannt und folgerichtig ausgebaut wurde.

Im einzelnen ist dazu folgendes zu bemerken:

I.) Nach deutschem Recht sind Vorausverfügungen[366]) vollwirksam, wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Bei mangelnder Kenntnis des Erwerbers wirken nur die Vorausverfügungen gegen ihn, die sich auf das beim Eigentumsübergange laufende oder — sofern die Verfügungen im letzten halben Quartalsmonat vorgenommen wurden — auf das folgende Kalendervierteljahr beziehen, § 573 dBGB.

Entsprechendes gilt für ein Rechtsgeschäft zwischen Mieter und Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung. Für ein solches ist aber die Wirksamkeit zugunsten des gutgläubigen Mieters mit der Maßgabe erweitert, daß sie sich „auf das zur Zeit seiner Kenntniserlangung vom Eigentumsübergange laufende (und bei Kenntniserlangung im letzten halben Monat auch auf das folgende) Kalendervierteljahr erstreckt."[367]) Es besteht demnach die Möglichkeit, daß der Erwerber seine Mietzinsforderung auch noch durch ein nach der Veräußerung geschlossenes Rechtsgeschäft zwischen Mieter und ursprünglichem Vermieter einbüßt. Kenntniserlangung des Mieters von der Veräußerung schließt aber diese Möglichkeit aus, § 574 dBGB.[368])

Im gleichen Umfange wird der Mieter geschützt, wenn er gegenüber der Mietzinsforderung des Erwerbers mit einer ihm gegen den Veräußerer zustehenden Forderung aufrechnen will, § 575 dBGB. Eine solche Aufrechnung ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn der Mieter die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von dem Übergang des Eigentums Kenntnis erlangt hat, oder wenn die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als der Mietzins fällig geworden ist, § 575 dBGB.[369])

Zeigt der Vermieter dem Mieter den Eigentumsübergang an,

---

[365]) Siehe auch Fischer-Henle zu § 573 Anm. 3.

[366]) Z. B. also Abtretung, Einziehung, Erlaß. Nach überwiegender Meinung gehört auch die Pfändung durch den Gläubiger des Vermieters hierher; v. Gierke III § 197 Anm. 56.

[367]) Vgl. v. Gierke § 197 I 6 e. Diese Regelung ist zurückzuführen auf das Gesetz vom 8. Juni 1915 betr. Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen.

[368]) Das ist derselbe Gedanke, den § 407 Abs. 1 dBGB für den Fall einer Forderungsabtretung vorsieht. Ennecc. § 355 Anm. 21.

[369]) So der Gesetzeswortlaut; siehe für die Zession § 406 dBGB.

so muß er das gegen sich gelten lassen, auch wenn die Eigentumsübertragung nicht erfolgt oder unwirksam ist, § 575 dBGB.[370])

II. In Frankreich sind Vorauszahlungen und Vorauszessionen des Mietzinses für mehr als drei Jahre dem Transkriptionsgesetz vom 23. Mai 1855 unterworfen: "Les quittances de loyers[371]) non échus et les cessions de loyers ne sont pas opposables aux tiers qu' à la condition d'avoir être transcrites lorsqu'elles portent sur trois années complètes (L. art. 2 n° 5)."

Im übrigen sind Vorausverfügungen und den Mieter befreiende Rechtsgeschäfte grundsätzlich wirksam, jedoch "salva probatione z. B. 1328 und bezüglich der Cession salvo Art. 1690".[372]) Anwendbar ist gegebenenfalls die allgemeine actio Pauliana.[373])

Was zunächst den Verweis auf Art. 1690 anlangt, so zeigt sich, daß die Rechtslehre den Erwerber auch in diesem Zusammenhang in der Regel als Zessionar des Veräußerers behandelt. Ob dies (vgl. die Ausführungen zur Konstruktionsfrage) angesichts der herrschenden Interpretation zu Art. 1743 ohne weiteres möglich ist, bleibt immerhin zweifelhaft; sicher aber ist, daß hinsichtlich der Mietzinsfrage ein Bedürfnis für die Heranziehung der Rechtsgedanken besteht, die in den Schutzvorschriften zugunsten des Schuldners im Falle einer Zession zum Ausdruck kommen, eine Tatsache, die ihren prägnantesten Niederschlag im deutschen Recht gefunden hat.

Es ist deshalb richtig, wenn zugunsten des Mieters der Art. 1690 herangezogen und auf diese Weise ermöglicht wird, daß der Mieter solange mit befreiender Wirkung an den Veräußerer leisten kann, bis er (durch Zustellung des Übertrags — signification du transport) von dem Übergang der Mietzinsforderung formell in Kenntnis gesetzt worden ist.[374])

Die bloße Kenntniserlangung von der Veräußerung nimmt dem Mieter diese Befreiungsmöglichkeit nicht, es sei denn, daß er dolos (in Collusion mit dem Veräußerer) gehandelt hat, um die Wirkung

---

[370]) Das ist eine Nachbildung des § 409 dBGB.

[371]) Der Ausdruck "quittances de loyers" (Mietquittungen) scheint nur auf tatsächliche Zahlungen zugeschnitten zu sein. Aber andere befreiende, sich über drei Jahre erstreckende Akte dürften auch hierher zu rechnen sein; Périer p. 157.

[372]) Diese Stelle findet sich bei Zach.-Crome II § 256 Anm. 12. Vgl. dazu Périer p. 157.

[373]) Zach.-Crome am vorzitierten Orte.

[374]) Siehe zunächst den Text des Art. 1690. Über die Bedeutung der Worte "est saisi" Zach.-Crome II § 339 Anm. 9 und auch Anm. 12 a, aus der sich im besonderen ergibt, daß jedes den Mieter befreiende Rechtsgeschäft zwischen diesem und dem Veräußerer hierher gehört. Über "signification du transport" siehe Colin-Cap. 2 S. 148.

des Überganges zu vereiteln.[375]) Hatte der Mieter gegenüber dem Veräußerer eine aufrechenbare Gegenforderung,[376]) so greift die Aufrechnung auch gegenüber dem Erwerber durch, sofern der Mieter die ihm bekanntgegebene Abtretung nicht vorbehaltlos angenommen,[377]) und seine Forderung nicht erst nach der Bekanntgabe der Abtretung zur Entstehung gelangt ist, Art. 1925 C. c.

III. Für Österreich gilt, daß „sich der Bestandgeber zwar die Vorauszahlung des Bestandzinses bedingen kann; hat aber der Bestandnehmer mehr als eine Fristzahlung vorausgeleistet, so kann er dieselbe einem später eingetragenen Gläubiger oder neuen Eigentümer nur dann entgegensetzen, wenn sie in dem öffentlichen Buch ersichtlich gemacht ist, § 1102.[378])

Ihrem Wortlaut nach spricht diese Bestimmung nur von Vorauszahlungen; sonstige, den Mieter befreiende Rechtsgeschäfte und insbesondere Vorauszessionen sind nicht erwähnt. Aber das Anwendungsgebiet des § 1102 wird in dieser Richtung stark erweitert. So ist es herrschende Lehre und Rechtsprechung, daß nicht nur Vorauszahlungen, sondern auch alle sonstigen, vor der Veräußerung geschlossenen und den Mieter für die Zukunft befreienden Rechtsgeschäfte hierher gehören.[379]. Nach überwiegender Lehrmeinung[380]) unterstehen auch Vorauszessionen derselben Behandlung; die Rechtsprechung steht hinsichtlich dieses Punktes nicht durchweg auf bejahendem Standpunkt.[381]) Mit der Theorie ist die Erweiterung des Anwendungsgebietes des § 1102 im vollen Umfange (also auch für Vorauszessionen) zu befürworten, da das Bedürfnis nach einer solchen Regelung gleichermaßen in allen Fällen

[375]) Es liegt also wie im Falle jeder Zession; so die vorwiegende Meinung. A. A. Périer, der ("en raison du caractère accessoire") für diesen Fall die Kenntniserlangung des Mieters genügen lassen will, p. 157. Seine Ansicht ist ihrem Grundgedanken nach billigenswert, aber leider nicht eingehend genug begründet.

[376]) Die Weigerung vorbehaltloser Annahme läßt die Zession, sofern sie der Form des Art. 1690 Satz 1 genügt, als solche natürlich unberührt. Siehe auch Art. 1690 Satz 2.

[377]) Das Wesen der Aufrechnung im französischen Recht soll dabei nicht besprochen werden.

[378]) Diese Bestimmung zielte ursprünglich nur auf den Schutz des eingetragenen Gläubigers ab. Durch die dritte Teilnovelle zum ABGB wurde sie auf den Erwerber des Bestandgrundstückes durch Einfügung der Worte „oder neuen Eigentümer" erweitert. Ersetzt wurde auch das Wort „eingetragen" durch „ersichtlich gemacht". Siehe Klang zu § 1102, 1. Über die Form der Eintragung (sogenannte Anmerkung) vgl. Klang zu § 1102, 4.

[379]) Klang zu § 1102, 2; dort werden Aufrechnung, Erlaß und Vergleich aufgezählt. Siehe auch Ehrenzweig § 371, I und die bei Klang zitierte Entscheidung vom 6. 5. 1884.

[380]) Klang zu § 1102, 2 und die dort zitierten.

[381]) Z. B. Glaser und Unger n. F. 4532 (E. vom 16. 2. 1909) und demgegenüber Glaser und Unger n. F. 1838 (E. vom 5. 4. 1902).

besteht und ein durchschlagender Grund, für den Fall einer Vorauszession eine Ausnahme zu machen, nicht erkennbar ist.

Die Vorausleistung[382]) einer Fristzahlung kann mithin dem Erwerber immer entgegengesetzt werden;[383]) daß sie (wie im deutschen Recht) innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vorgenommen wird, ist nicht erforderlich. Im übrigen bedürfen Vorausleistungen von mehr als einer Fristzahlung zu ihrer Wirksamkeit rechtzeitiger bücherlicher Anmerkung.[384])

Der Fall, daß zwischen dem gutgläubigen, d. h. von der Veräußerung nicht unterrichteten Bestandnehmer nach der Veräußerung ein Rechtsgeschäft bezüglich des Mietzinses abgeschlossen wird, ist im Gesetz nicht berücksichtigt. Für ihn kommen — wohl aber nach Maßgabe des § 1102 ABGB (Umfangsregelung) — die §§ 1395, 1396 ABGB zu entsprechender Anwendung.[385]) Dies findet seine Rechtfertigung in den gleichen Erwägungen, die in diesem Zusammenhang für das französische Recht bereits hervorgehoben wurden.[386]) Danach ist der Bestandnehmer (Schuldner), „solange ihm der Übernehmer nicht bekannt wird, berechtigt, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden", § 1395. Dies kann er nicht mehr, „sobald ihm der Übernehmer bekanntgemacht worden ist; allein es bleibt ihm das Recht, seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen", § 1396.[387]) Damit werden im wesentlichen die gleichen Grundgedanken zur Anwendung gebracht, die das deutsche Recht im dBGB organisch verarbeitet hat.

IV. Für das schweizerische Recht muß wiederum unterschieden werden:

aa) Bei fehlender Überbindung und bei Nichtunterlassung vorzeitiger Kündigung (wegen Art. 259 II) besteht keine Veranlassung, Vorausverfügungen etc. besonders zu betrachten; in diesem Falle bleibt der Veräußerer Alleinberechtigter und -verpflichteter aus dem Mietverhältnis, also auch Alleinverfügungsberechtigter. Dies gilt auch bei vorgemerkter Miete.

bb) Hat eine Überbindung stattgefunden, so will Beetschen Vorausverfügungen über zukünftige Mietzinse[388]) generell für

[382]) Dieser Ausdruck findet sich bei Klang zu § 1102, 4.

[383]) Siehe hierzu auch Krasnapolski S. 409 und Stubenrauch 2 S. 353.

[384]) Siehe oben S. 73 Anm. 378.

[385]) Diese Bestimmungen haben ihren Platz im 3. Teil 2. Hauptbuch des ABGB „Von der Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten / 3. Zession". Siehe auch die nächste Anmerkung.

[386]) Die kritische Erwägung, ob Zession vorliegt, bleibt hier gleichermaßen bestehen. v. Schey zu § 1395 Anm. 12 und Krasnapolski S. 410 sprechen auch nur von analoger Anwendung dieser Vorschriften; bei ihnen ist aber nicht klar erkennbar, aus welcher Erwägung heraus sie es tun.

[387]) Aufrechenbar ist nur eine vor der „Zession" zustandegekommene Forderung des Bestandnehmers. v. Schey (19. Aufl.) zu § 1396 Anm. 8.

unwirksam, diesbezügliche Rechtsgeschäfte zwischen Veräußerer und Mieter aber grundsätzlich für wirksam erklären.[389]) Dies geschieht im Anschluß an die Auffassung, daß bei überbundener Miete nach der Veräußerung sämtliche Vermieterrechte in der Person des Erwerbers zustandegekommen und der Veräußerer nur subsidiär Haftender (unter Umständen Schadensersatzverpflichteter) bleibt.[389]) Die Ausnahmebehandlung der zwischen Veräußerer und Mieter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wird darauf gestützt, daß es sich insoweit nur um eine durch Parteivereinbarung erzielte Änderung des Mietverhältnisses (im Gegensatz zum Mietvertrag)[391]) handle, in das der Erwerber bekanntermaßen nur einzutreten brauche, wenn er es wolle; trete er aber ein, so müsse er es auch so gegen sich gelten lassen, wie es bestehe, also auch unter Anerkennung von Änderungen, die sich auf die Mietzinszahlungen beziehen; der § 574 dBGB stelle insoweit eine Schutzvorschrift zugunsten des Erwerbers dar, da dieser im deutschen Recht ja zwangsläufig eintrete.

Wir vermögen Beetschen nicht beizutreten: Was zunächst die letzterwähnten Rechtsgeschäfte zwischen Veräußerer und Mieter anlangt, so mag zwar zutreffend sein, daß insoweit „nur" eine Änderung des Mietverhältnisses vorliegt; dennoch bleibt einzuwenden, daß es sich — was Beetschen S. 48 selbst erwähnt — um Rechtsgeschäfte handelt, die gerade und nur den Mietzins betreffen und in ihrem Kerne zumeist auf dasselbe abzielen werden, was eine Verfügung schon kraft einseitigen Aktes mit sich bringt. Diese Tatsache allein dürfte eine abweichende Auffassung rechtfertigen oder zum mindesten nahelegen. Aber u. E. ist die Prämisse Beetschens falsch gewählt. Wenn die Oser'sche Auffassung über den juristischen Charakter der Überbindung richtig ist — und von dieser Annahme wurde hier ausgegangen —, so löst sich die Frage anders:

Bei Nichtentlassung des Veräußerers kommen auch die künftigen Mietzinse noch für dessen Person zustande, er ist also weiter Verfügungsberechtigter, er kann vorabzedieren. Diese Vorausverfügungen wirken gegenüber dem Erwerber, was praktisch häufig

[388]) Über diese Abtretbarkeit im allgemeinen vergl. Oser zu Art. 164, 3 (4) und die dort zitierte Judikatur, die dem Verfasser leider nicht zugänglich war.

[389]) A. a. O. S. 46 ff. Dabei macht Beetschen für Vorausverfügungen dann eine Ausnahme, wenn sie dem Erwerber bei der Übernahme bekannt waren, er aber dennoch den Vertrag fortsetzte; vergl. dazu insbesondere das deutsche Recht. Rechtsgeschäfte zwischen dem Veräußerer und dem Mieter nach der Übernahme erklärt Beetschen für unwirksam, der Mieter sei aber im Falle guten Glaubens zu schützen. Siehe dazu § 407 dBGB. Beetschen S. 49—51; dort finden sich auch Ausführungen zur Aufrechnung durch den Mieter.

[390]) Beetschen S. 47, 39—40.

[391]) S. 48. Diese Unterscheidung nimmt Beetschen vor im Anschluß an Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 431.

eine Überbindung vereiteln wird. Soweit erst in der Überbindung zediert wird, handelt es sich auch um eine Vorausverfügung, aber nur um eine solche zugunsten des Erwerbers. Nichts anderes gilt grundsätzlich für Rechtsgeschäfte zwischen dem Veräußerer und dem Mieter.

Soweit der Veräußerer erst nach der Überbindung in dieser Richtung gehende Handlungen vornimmt, greifen die allgemeinen Zessionswirkungen Platz, vgl. insbesondere Art. 164 OR. Bei Entlassung des Veräußerers (Novation) kommen alle danach fällig werdenden Mietzinse in der Person des Erwerbers und nur in ihr zur Entstehung. Vorausverfügungen des Veräußerers und von diesem mit dem Mieter abgeschlossene Rechtsgeschäfte, die sich auf diese Mietzinse beziehen, können den Erwerber deshalb nicht mehr berühren. Mangels einer abweichenden gesetzlichen Regelung greift dieses Prinzip in vollem Umfange durch, sodaß weder Dritte, denen Forderungen dieser Art abgetreten wurden, noch auch der Mieter Schutz genießen.[392])

cc) Im Falle des Art. 259 II wird der Erwerber hinsichtlich der nach seinem Eintritt fällig werdenden Mietzinsen Solidargläubiger; da dies der Veräußerer auch bleibt, (sofern keine besondere Zession oder überhaupt Entlassung des Veräußerers vorliegt), kann dieser auch weiter verfügen und Rechtsgeschäfte mit dem Mieter abschließen. Er kann es aber auch nur als Solidargläubiger, d. h. mit der Maßgabe, daß die Rechtsstellung des Erwerbers durch diese Verfügungen nicht berührt wird; vgl. dazu Oser zu Art. 150, 5 (8).

β) Nach allen vier Rechten steht dem Vermieter einer unbeweglichen Sache — von besonders gestellten Sicherheiten abgesehen — für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein kraft Gesetzes entstehendes Sicherungsrecht an den vom Mieter eingebrachten Sachen zu; das rechtliche Schicksal dieses Sicherungsrechtes im Falle einer Veräußerung der Mietsache bedarf ebenfalls besonderer Betrachtung.

Einleitend sei über die rechtliche Natur und Reichweite dieses in den einzelnen Codifikationen verschieden gestalteten Sicherungsrechtes folgendes bemerkt:

A) Was den Charakter des Sicherungsrechtes anlangt, so sprechen das dBGB und das ABGB schlechthin von einem Pfandrecht des Vermieters; vgl. § 559 dBGB, § 1101 ABGB. — Der Cc. spricht insoweit von einem Vorzugsrecht des Vermieters (Art. 2102), was im Ergebnis keinen großen Unterschied begründet; vgl. Zach.-

[392]) Dies mag Dritten gegenüber unbillig erscheinen, aber das Schweigen des Gesetzes gebietet es; für den Mieter liegt darin keine Härte, er entläßt ja den Veräußerer, und dies braucht er nur dann zu tun, wenn die gesamte Rechtslage eingehend geklärt wurde.

Crome II § 226. — Das OR gibt dem Vermieter ein Retentionsrecht; damit scheint es von den anderen Rechten abzuweichen. Indessen ist es überwiegender Anschauung, daß dieses Retentionsrecht dinglicher Natur ist und zudem weitergeht als das sonstige Retentionsrecht; auch seine sonstigen Wirkungen sind vorwiegend pfandrechtlicher Natur, sodaß wohl ebenfalls von einem gesetzlichen Pfandrecht gesprochen werden kann. Vgl. Oser zu Art. 272, 1 (3) und 2c (9).

B) Grundsätzlich müssen die Sachen, auf die sich das Sicherungsrecht erstreckt, dem Mieter gehören. Für das deutsche Recht hat es dabei sein Bewenden; siehe Ennecc. I, 2 § 333, I 1 und Wolff, Sachenrecht § 103, II 2. — Nach österreichischem Recht liegt es nach der Novellierung des § 1101 ebenso; vgl. den alten Wortlaut und Klang zu § 1101, IV 3a. — Anders liegt es für den C. c., siehe Col.-Cap. II p. 804. Dies gilt auch für das OR; vgl. Art. 273 und Osers Bemerkungen dazu. Für beide letztgenannten Rechte ist Gut- bzw. Bösgläubigkeit maßgebend. Immerhin bleibt auch für diese Rechte der bei Wolff für deutsches Recht formulierte Gedanke empfehlenswert.

C) Seinem Umfang nach erstreckt sich im deutschen Recht das Pfandrecht allgemein auf alle Forderungen aus dem Mietverhältnis, eine Ausnahme besteht nur für künftige Entschädigungsforderungen § 559 S. 2. — Auch in Frankreich dehnt man das Sicherungsrecht weit aus, indem es nicht nur gewährt wird hinsichtlich der Pacht- und Mietgelder, sondern auch hinsichtlich aller dem Mieter obliegenden Ausbesserungen und überhaupt hinsichtlich allem, was die Vollziehung des Mietvertrages betrifft; siehe die ausführliche Darstellung bei Col.-Cap. II p. 807. — Für Österreich ist nach dem Wortlaut des ABGB nur der Bestandzins gesichert; dazu gehört aber alles, was sich als Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung darstellt, nicht hingegen Ersatzansprüche; Klang zu § 1101, II 1. — Einschränkend verhält sich das schweizerische Recht; siehe Art. 272 OR und Oser zu Art. 272, III 1. Siehe zum ganzen noch Klang zu § 1101, A. 23.

D) Was die Dauer angeht, so sichert das deutsche Recht den Vermieter für das laufende, und das der Veräußerung folgende Mietjahr, § 559 S. 2 dBGB. — Einschränkend auch hier das OR (verfallener Jahreszins und laufender Halbjahreszins). — Im Bereiche des französischen Rechtes gilt: Für Verträge, die der Form des Art. 1743 Cc. entsprechen, gilt das Vorzugsrecht für alles, was fällig ist und noch fällig wird; bei anderen Verträgen für ein Jahr von dem Ende des laufenden Jahres an gerechnet. Siehe Art. 2101 und Col.-Cap. p. 808, aber auch dessen de lege ferenda interessanten Verweis auf das schweizerische Recht. — Das österreichische Recht kennt keine Einschränkung; Klang zu § 1101 2, insbesondere auch Anm. 36.

I) Es liegt in der Konsequenz der Eintrittsidee, daß das Sicherungsrecht für die nach der Veräußerung zustandekommenden Vermieteransprüche dem Erwerber zusteht; dies ist auch für Deutsch-

land, Österreich und Frankreich allgemeine Meinung (über das schweizerische Recht siehe unten II).

Von besonderem Interesse ist aber die Frage, wie es sich mit dem Sicherungsrecht verhält hinsichtlich der rückständigen, im Zeitpunkt der Veräußerung bereits fällig gewesenen Mietzinsen. Keine Zweifel bestehen in dieser Richtung, wenn diese dem Erwerber besonders abgetreten worden sind; steht aber, wenn dies nicht geschehen ist, das Sicherungsrecht auch noch weiter dem Veräußerer zu?

Nahezu einhellig bejaht wird diese Frage in Deutschland; [393]) in Österreich sind in der Rechtslehre die Meinungen geteilt, [394]) die Rechtsprechung neigt zur Verneinung; [395]) in Frankreich erkennen Theorie und Praxis dem Veräußerer das Vorzugsrecht nach der Veräußerung nicht mehr zu. [396])

Dabei wird gegen das Fortbestehen des Sicherungsrechtes auch für die alten Forderungen zumeist geltend gemacht, daß dieses Recht — unbeschadet seiner Verschiedenheit gegenüber dem Faustpfand — doch jedenfalls voraussetze, daß sich die verhafteten Sachen in Räumen befänden, die der (wenigstens mittelbaren) Verfügungsgewalt des Sicherungsberechtigten unterstünden; durch die Veräußerung des Grundstücks begebe sich aber der ursprüngliche Vermieter dieser Verfügungsgewalt. [397]) Eine besondere Ansicht der französischen Rechtslehre begründet den Untergang des Sicherungsrechtes hinsichtlich der Person des Veräußerers damit, daß dieser nach der Veräußerung nicht mehr das durch Art. 2101 Z. 1, IV vorgesehene Sperrecht geltend machen könne. [398])

U. E. ist weder der eine noch der andere Grund von zwingender Beweiskraft, eine Tatsache, die für beide Rechte eine Aufnahme der in Deutschland herrschenden Auffassung als empfehlenswert erscheinen läßt:

---

[393]) Siber, Das gesetzliche Pfandrecht S. 74; v. Gierke III § 197 6d, insbesondere Anm. 33 und die dort zitierten. OLGE IX, 296.

[394]) Klang zu § 1101, II 4.

[395]) Entsch. des OGH vom 12. 6. 1917. Amtl. Sammlg. 1860, zitiert nach Klang zu § 1101 Anm. 22.

[396]) Laurent XXIX n° 383; Planiol II. 2489, dort auch Judikatur, so Cass. 14. 12. 92 (D. 94. 1. 265). A. A. Caën, Journ. du Palais 33, I 482. Siehe auch Zach.-Crome II, § 231 Anm. 2.

[397]) Siehe dazu Klang zu § 1101 ABGB a. a. O. (bezüglich des Zessionars von Mietzinsen). Siehe auch die Worte von Planiol: Le bailleur est un gagiste qui possède indirectement le mobilier de son locataire parce qu'il possède son propre immeuble dans lequel ce mobilier est contenu etc. Es wird also auf ein bestimmt geartetes gewahrsamähnliches Besitzverhältnis abgestellt.

[398]) Zach.-Crome II 201 Anm. 2. Bezeichnenderweise wird dort diese Begründung deshalb gewählt, weil es nicht möglich sei, auf „Detention" des Vermieters abzustellen, die dieser durch die Veräußerung verliere, denn der Vermieter habe niemals „Gewahrsam".

Was zunächst den Wegfall des Sperrechtes anlangt, so besagt dieser allein noch nichts. Es bedürfte vielmehr des Beweises, daß dieses Recht eine wesentliche Voraussetzung des Sicherungsrechtes bildet; dieser erscheint nicht als erbracht. Zudem gewährt ein Blick auf das deutsche und das österreichische Recht einen nicht zu verkennenden Hinweis: Obwohl beiden Rechten das Sperrecht als solches bekannt ist und auch für beide Rechte angenommen wird, daß dieses dem Veräußerer nicht mehr zusteht, findet sich nach unserer Überprüfung kein Versuch, daraus auch auf den Untergang des Sicherungsrechtes bezüglich der rückständigen Forderungen selbst zu schließen.[399])

Was des weiteren die Berufung darauf anlangt, daß der Veräußerer seine Verfügungsgewalt verliere, so muß demgegenüber betont werden, daß für das Bestehen des Sicherungsrechtes nicht die Verfügungsgewalt des Vermieters, sondern die Anwesenheit der verhafteten Sachen in den Mieträumen die wesentliche Voraussetzung bildet; diese besteht aber auch nach der Veräußerung fort. Ausgesprochen findet sich diese inhaltlich wohl für beide Rechte zutreffende Erwägung vorwiegend in der Doktrin des österreichischen Rechts;[400]) die Rechtsprechung folgt ihr insoweit, als sie wenigstens dem Zessionar von Mietzinsforderungen das Vermieterpfandrecht zuerkennt,[401]) sie scheut sich aber, den Veräußerer wegen der rückständigen Mietzinsen entsprechend zu behandeln.[402]) Dies ist, wie Klang mit Recht hervorhebt, ein Widerspruch,[403]) der die hier vertretene Ansicht als besonders berechtigt erscheinen läßt.

II) In der Schweiz wird bei vollwirksamem Eintritt des Erwerbers (Novation) dieser für die Zukunft Retentionsberechtigter,[404]) und bei Solidargläubigerschaft (Art. 239 II) kann er das Recht aus Art. 272 neben dem Veräußerer ausüben. Hat eine Überbindung ohne Entlassung des Vermieters stattgefunden, so wird auch dann der Erwerber in der Regel Retentionsberechtigter werden und zwar in seiner Eigenschaft als Zessionar der Mietzinsen, dem auch die schweizerische Rechtslehre dieses Recht zuerkennt.[405]) Und aus der letzten Erwägung ist, im Anschluß an die Ausführungen zum österreichischen Recht, wahrscheinlich auch zu folgern, daß der Veräußerer trotz vollwirksamen Eintritts des Erwerbers (Entlassung des

---

[399]) Siehe S. 78 Anm. 393 und Klang zu § 1101, II 4. Eine andere Frage ist es, ob der Erwerber für den Veräußerer das Sperrecht auszuüben hat.

[400]) Klang zu § 1101, II 4 S. 46 oben.

[401]) Klang zu § 1101 Anm. 20; E. v. 13. 3. 17 Amtl. S. 1769.

[402]) Klang Anm. 22.

[403]) Klang am vorzit. Orte.

[404]) Oser zu Art. 272, I 2 (10).

[405]) Oser ebenda. Die Rechtsprechung spricht sich allerdings nicht eindeutig in diesem Sinne aus; vgl. BGE 57, III S. 24.

Veräußerers) hinsichtlich der noch rückständigen und nicht besonders abgetretenen Mietzinse retentionsberechtigt bleibt.

§ 4.

Die Veräußerung beweglicher vermieteter Sachen.

Es ist eingangs bereits erwähnt worden, (oben § 2, I 3), daß heute auch ein Bedürfnis für den Schutz des Mobiliarmieters besteht. Diesem Bedürfnis wird auf Grund eindeutiger Gesetzesvorschriften Rechnung getragen im Bereiche des deutschen und österreichischen Rechts; für die Schweiz vertritt die überwiegende Doktrin unter besonderer Bezugnahme auf die Fassung der Gesetzesvorschriften den gegenteiligen Standpunkt, und dasselbe gilt in noch erhöhterem Maße für Frankreich. Dabei steht in allen vier Rechten die hier zu behandelnde Frage im engen Zusammenhang mit derjenigen des Eigentumsüberganges und den damit verknüpften Besitzwirkungen; eben deshalb aber nimmt das französische Recht, das bekanntlich einen besonderen an Besitzübergabe (und Einigung) geknüpften Übereignungsakt nicht kennt, gegenüber den anderen Rechten auch eine Sonderstellung ein.

I) Für Deutschland, Österreich und die Schweiz gilt gemeinsam, daß für den wirksamen Eigentumsübergang beweglicher Sachen Einigung und Besitzverschaffung vorliegen müssen; letztere tritt an die Stelle des Grundbucheintrags im Falle der Veräußerung unbeweglicher Sachen (vgl. dazu noch die nähere Detaillierung bei der Darstellung der einzelnen Rechte). Daraus ergibt sich einerseits, daß in diesen drei Rechten der Mobiliarmieter dann ohne Schutz bleibt, wenn er den Besitz noch nicht erlangt hat, die Mietsache sich vielmehr noch in den Händen des Vermieters (Veräußerers) befindet. Solchenfalls ist dieser ohne weiteres in der Lage, dem Erwerber unmittelbaren Besitz zu verschaffen. Tut er dies aber — abweichende besondere Parteivereinbarungen können an dieser Stelle außer Betracht bleiben — so geht das Eigentum auf den Erwerber über, ohne daß der Mieter in der Lage ist, dies zu hindern bzw. sich in den Besitz setzen zu lassen. Sein obligatorisches, aus dem Mietvertrag folgendes Recht auf Einräumung des Besitzes greift gegenüber dem Erwerber nicht durch; er bleibt auf einen bloßen Schadensersatzanspruch gegen seinen Vermieter angewiesen, der sich durch die Veräußerung die Realerfüllung des abgeschlossenen Mietvertrages unmöglich gemacht hat.

Andererseits muß die Besitzverschaffung grundsätzlich in Form körperlicher Übergabe vor sich gehen. Würden es die drei Rechte bei diesem Grundsatz bewenden lassen, so könnte kein Zwei-

fel darüber bestehen, daß der Mobiliarmieter immer geschützt sein würde, da der Veräußerer zur Besitzverschaffung erst nach Vertragsablauf im Stande wäre. Der Grundsatz körperlicher Übergabe ist indessen in allen drei Rechten durchbrochen; Eigentumsübertragungen sind danach in mehr oder weniger ausgeprägtem Maße auch ohne die Verschaffung unmittelbaren Besitzes unmöglich. Es erhellt, daß angesichts dieser Tatsache ein Schutz des Mieters gegen den Erwerber nur noch in Betracht kommen kann, soweit ihn die einzelnen Rechte besonders statuiert haben; ohne eine solche besondere gesetzliche Regelung ist das obligatorische Besitzrecht des Mieters rechtsgrundsätzlich nicht geeignet, dem Eigentumsherausgabeanspruch des Erwerbers als Einwendung entgegengesetzt zu werden. Die angezogenen Rechte zeigen in diesem Punkte gewisse Abweichungen über die im einzelnen folgendes festzuhalten ist:

1) Nach d e u t s c h e m Recht ist der Grundsatz, daß körperlich übergeben werden muß, mehrfach und unter anderem (vgl. § 930 dBGB) auch dadurch durchbrochen, daß an die Stelle körperlicher Übergabe die Abtretung des Herausgabeanspruches des Eigentümers gegen den besitzenden Dritten treten kann;[406]) §§ 931, 870 dBGB. Trotz Anerkennung dieses Übergabesurrogates und des dadurch ermöglichten Eigentumsüberganges ohne Besitzerlangung wird aber der Erwerber nicht vindikationsberechtigt, denn nach § 986 II dBGB kann der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruches veräußert worden ist, auch dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Auf Grund dieser Ausnahmevorschrift[407]) bleibt also der Mieter trotz des Eigentumsüberganges zur Einbehaltung der Mietsache berechtigt. Diese eigens für

---

[406]) Welcher Anspruch den Gegenstand der Abtretung bildet, der Eigentumsherausgabeanspruch oder der schuldrechtliche Rückgabeanspruch, ist nicht ganz unbestritten. Nach h. L. werden beide Ansprüche abgetreten. Siehe Wolff SR § 67 Anm. 18. Wolff selbst ist der Ansicht, daß der obligatorische Rückgabeanspruch abgetreten wird. Für das deutsche Recht ist diese Frage insoweit nicht von besonderer Bedeutung, als die R e c h t s w i r k u n g auf jeden Fall feststeht. Anders liegt es im österreichischen Recht (s. unten) in dessen Bereich das Gesetz eine Abtretung des Herausgabeanspruches nicht erwähnt und deshalb zweifelhaft ist, ob eine Übertragung des Eigentums auf diese Weise möglich ist. Die Frage wird im allgemeinen verneint. Dies erscheint bei dem Schweigen des ABGB jedenfalls dann als richtig, wenn man die Wolff'sche Meinung zugrundelegt.

[407]) Wolff § 84, IV 1 a; ebenso die neue Auflage.

[408]) In Ermangelung des § 986 II würde wohl bereits diese Bestimmung den Mobiliarmieter schützen, da die allgemeinen Grundsätze über Forderungen — und um einen solchen handelt es sich hier — in der Regel auch für dingliche Rechte gelten. Ennecc. I, 2 § 225, 2; vergl. auch die weiteren Ausführungen zum österreichischen Recht. Sh. auch Ennecc.-Lehmann § 1, III, 2.

das Gebiet des Herausgabeanspruches anerkannte und getroffene Regelung stimmt in ihrem Grundgedanken überein mit dem § 404 dBGB, der für den Bereich der obligatorischen Forderungsabtretung schlechthin bestimmt, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger alle die Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.[408]) Aber in dem Recht zur Einbehaltung des Besitzes erschöpft sich auch der Schutz des Mobiliarmieters gegenüber dem Erwerber; im übrigen tritt eine Änderung hinsichtlich der begründeten mietrechtlichen Beziehungen nicht ein. Im Gegensatz zu § 571 erfolgt insbesondere kein Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis, der Vertrag besteht zwischen den alten Parteien fort, und nur sie werden weiterhin berechtigt und verpflichtet.

2) Im Bereiche des österreichischen Rechts ergibt sich zunächst aus dem Gesetz, daß auch der Mieter beweglicher Sachen der grundlegenden Vorschrift des § 1120 ABGB untersteht (anders bekanntlich § 571 dBGB). Angesichts der sehr kurzen Kündigungsfristen, die § 1116 für die Miete beweglicher Sachen vorsieht, erscheint diese Schutzmaßnahme bei erster Überprüfung als unzureichend;[409]) es muß aber beachtet werden, daß § 1120 die Entstehung des vorzeitigen Kündigungsrechtes zugunsten des Erwerbers im besonderen davon abhängig macht, daß die veräußerte Bestandsache „bereits übergeben" worden ist.

Es ist sehr bedeutsam, daß das ABGB dieses Moment, das vor allem für den Eigentumsübergang selbst ausschlaggebend ist (bei Grundstücken die bücherliche Einverleibung),[410]) in diesem Zusammenhang als gesetzliches Tatbestandsmerkmal besonders hervorhebt. Dabei sind sich Theorie und Praxis im Ergebnis darüber einig, daß diese Übergabe nicht gegen den Willen des besitzenden Vermieters vor sich gehen kann.[411])

Nach rein praktischer Betrachtungsweise genießt der Mieter beweglicher Sachen auf diese Weise den nämlichen Schutz wie der Mobiliarmieter nach deutschem Recht. Aber es muß hervorgehoben werden, daß die zugrundeliegende juristische Konstruktion gewisse Abweichungen zeigt: Übergeben im Sinne des § 1120 ABGB (d. h. zugleich im allgemeinen Sinne der Eigentumsübertragung) ist die Bestandsache nämlich grundsätzlich erst mit der Einräumung körperlichen Besitzes, und de lege lata sind für Österreich die Möglichkeiten eines Übergabesurrogates im ungleich geringeren Maße vorhan-

[408]) Siehe etwa Ehrenzweig § 370, III S. 545.

[410]) So in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht die in Österreich jetzt herrschende Lehre. Ehrenzweig § 370 A. 80.

[411]) Vgl. einerseits Ehrenzweig a. vorzit. Orte und andererseits Klang zu § 1120, II A.

den als in Deutschland. So ist zwar die Abtretung des Herausgabeanspruches als solche auch der österreichischen Rechtslehre bekannt, aber nach (noch) überwiegender Anschauung bildet sie kein Übergabesurrogat, vielmehr bedarf es für den Übergang des Eigentums außerdem noch der Besitzerlangung durch den Erwerber.[412]) Der abgetretene Herausgabeanspruch als solcher wird aber nicht anders behandelt als abgetretene Ansprüche im allgemienen. Daraus folgt, daß sich der Mieter im Falle seiner Geltendmachung auf § 1394 ABGB berufen, d. h. dem Erwerber sein Recht zum Besitze als Einwendung entgegensetzen kann. Dabei ist es im Hinblick auf das deutsche Recht von besonderem Interesse, daß diese Berufung auf § 1394 auch von denjenigen befürwortet wird, die im übrigen der Abtretung des Herausgabeanspruches die Bedeutung eines vollwertigen Übergabesurrogates zuerkennen, d. h. das Eigentum übergehen lassen wollen.[413]) — Möglich ist sodann eine Übertragung des Besitzes durch Anweisung. In diesem Falle soll der Mieter (Inhaber, Stellvertreter im Besitz), der nur im Namen des Veräußerers (Vertretenen) besitzt, auf dessen Anweisung die Sache fortan im Namen des Erwerbers (Übernehmers) innehaben.[414]) Diese im wesentlichen anerkannte Lösung birgt für den Mieter indessen keine Gefahr, weil die österreichische Theorie und Praxis für diese Art der Besitzübertragung übereinstimmend verlangen, daß beide Betroffenen (Inhaber und Übernehmer, Mieter und Erwerber) die Anweisung annehmen, somit also darauf abgestellt wird, daß der Mieter weiterhin im Besitz bleiben und auf jeden Fall nur das Eigentum übergehen soll.[415])

Im übrigen läßt die österreichische Rechtslehre die Frage offen, wie sich der dem Mobiliarmieter gewährte Schutz sonst noch auswirkt. Da sich § 1120 ABGB im Gegensatz zu § 571 dBGB gleichermaßen auf unbewegliche und bewegliche Sachen bezieht, liegt der Gedanke nahe, auch bei Veräußerung einer beweglichen vermieteten Sache einen Eintritt des Erwerbers zu bejahen. Indessen findet sich nach unserer Überprüfung in der Doktrin kaum eine Stütze für diese Ansicht: Wenn und soweit man in § 1120 die Eintrittsidee verankert sieht, geschieht dies nur im Hinblick auf unbewegliche Sachen.

---

[412]) Mayr I, 2 § 212, 2; Ehrenzweig S.R. § 176, III. Abweichend Klang a. vorzit. Orte, der der Abtretung des Herausgabeanspruches eigentumsübertragende Wirkung einräumen will.

[413]) Klang a. a. O.

[414]) Mayr I, 2 § 212 Anm. 9. Siehe auch für deutsches Recht Wolff § 14 Anm. 7.

[415]) Siehe zum ganzen Mayr a. a. O. S. 337 und vor allem Ehrenzweig I, 2 § 176, III sowie die dort zitierte höchstrichterliche Entscheidung vom 26. 2. 1918. Das Ganze ist von besonderem Interesse gegenüber dem schweizerischen Recht, in dessen Bereich der Besitzanweisung weit größere Bedeutung zukommt; vergleiche den nächstfolgenden Abschnitt.

Dem wird beizutreten sein, denn wie die vorhergehenden Ausführungen zeigen, stellen sich die Schutzwirkungen zugunsten des Mobiliarmieters doch eher als Folgen einer für zulässig erachteten Einwendung des Rechtes zum (Fremd-)Besitze und weniger als solche eines gesetzlich angeordneten Eintritts dar. Unberührt bleibt auch hier die Zulässigkeit und Wirksamkeit besonderer Parteivereinbarungen, die im Zusammenhang mit einer Besitzanweisung besonders häufig gegeben sein werden.

3) Im schweizerischen Recht umfaßt die grundlegende Vorschrift des Art. 259 OR zwar ebenfalls unbewegliche und bewegliche Sachen, aber für die Miete beweglicher Sachen gilt ohne Einschränkung der Grundsatz „Kauf bricht Miete". Dies ergibt sich aus der eindeutigen Gliederung dieser Bestimmung, die — unbeschadet besonderer Parteivereinbarungen — kraft Gesetzes Milderungen nur hinsichtlich unbeweglicher vermieteter Sachen eintreten läßt (Art. 259 II).

Damit steht jedenfalls eindeutig fest, daß ein irgendwie gearteter Eintritt des Erwerbers auf keinen Fall erfolgt. Zweifelhaft bleibt, ob ein Schutz des Mobiliarmieters auf Grund sachenrechtlicher Bestimmungen auch ausgeschlossen sein soll. Die klare Fassung der Gesetzesbestimmung scheint für eine Bejahung dieser Frage zu sprechen; es ist zu vermuten, daß der Gesetzgeber den einmal anerkannten Grundsatz nur durchbrechen wollte, wo er es ausdrücklich anordnete. Die Möglichkeit eines Schutzes des Mobiliarmieters auf sachenrechtlicher Basis ist deshalb auch nach (herrschender) schweizerischer Rechtsanschauung nicht gegeben: Das Eigentum an beweglichen Sachen wird übertragen durch Einigung [416]) und Besitzübergang: Art. 714 ZGB. Letzterer vollzieht sich grundsätzlich durch Übertragung des unmittelbaren Besitzes (Art. 922, 923 ZGB). Ist dies nicht möglich, so kann der Besitz einer Sache nach Art. 924 ZBG auch ohne Übergabe in der Weise erworben werden, daß „ein Dritter oder der Veräußerer selbst auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt".

Im Hinblick auf den im Besitz befindlichen und verbleibenden Veräußerer anerkennt diese Bestimmung nichts anderes als die Möglichkeit eines sog. Besitzkonstitutes (vgl. § 930 dBGB); [417]) im übrigen aber (besitzender Dritter) wird durch Art. 924 ZGB eine sehr weitgehende Besitzanweisung sanktioniert, die weder mit der Abtretung des Herausgabeanspruches (dBGB §§ 931, 870) identisch ist, noch auch durch eine solche bedingt wird. Die bloße Vereinbarung

[416]) Im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 929 dBGB) hebt das schweizerische Recht dieses Erfordernis im Gesetz nicht ausdrücklich hervor; es ist aber sicher und versteht sich von selbst, daß der Wille, „Eigentum zu übertragen und zu empfangen", vorliegen muß. Wieland zu Art. 714 ZGB 3a.

[417]) Wieland zu Art. 924, 1b.

zwischen Veräußerer und Erwerber, daß der Dritte (Mieter) von jetzt ab für den Erwerber besitzen soll, macht diesen zum mittelbaren Besitzer und damit zum Eigentümer. Eine Anzeige an den Dritten ist nicht erforderlich; soweit sie erfolgt, hat sie nicht konstitutive Bedeutung, sondern nur die Wirkung, daß der Dritte vom Zeitpunkt der Kenntniserlangung an an die Weisungen des Erwerbers und nur an diese gebunden ist; Art. 924 II ZGB.[418]) Auf diese Weise wird der Erwerber beweglicher vermieteter Sachen auf jeden Fall, und ohne daß es der Abtretung irgendwelcher Ansprüche bedürfte, Eigentümer, und der Mieter kann dies weder fördern noch hindern. Als Eigentümer kann er die Sache vindizieren, sofern ihm nicht der Dritte „die Herausgabe der Sache aus den gleichen Gründen verweigern kann, aus denen er sie dem Veräußerer hätte verweigern können", Art. 924 III ZGB. Aus dieser Bestimmung scheint eindeutig hervorzugehen, daß der Erwerber einer vermieteten beweglichen Sache vor Ablauf des Mietvertrages nicht mit Erfolg vindizieren kann, denn auf Grund dieses Vertrages wäre der Mieter dem Veräußerer gegenüber gerade in der Lage gewesen, die Herausgabe zu verweigern. Eben diese Deduktion wird aber von der herrschenden schweizerischen Rechtslehre abgelehnt. Diese lehrt vielmehr, daß Einreden im Sinne des Art. 924 Abs. 3 ZGB nur solche sind, die dinglichen Rechten entspringen,[419]) was hinsichtlich des obligatorischen Besitzrechtes aus dem Mietverhältnis bekanntermaßen nicht zutrifft. Anderer Ansicht ist vor allem Beetschen:[420]) Nach ihm spricht der Art. 259 nicht gegen eine Anwendung des Art. 924 III ZGB zugunsten des Mieters. Diese Bestimmung erkläre ja nur, der Mieter könne vom Vermieter die Fortsetzung des Mietvertrages nicht verlangen, was nicht auszuschließen brauche, daß der Mieter als Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern könne. Im übrigen berühre es auch den obligatorischen Charakter des Mietrechts nicht, wenn dem nur persönlich berechtigten Mieter eine Berufung auf Art. 924 III gestattet werde, das Mietrecht solle ja nur unter ganz bestimmten Umständen (bei Eigentumswechsel durch Besitzübertragung im Wege der Anweisung) und nicht ganz allgemein dem Erwerber entgegensetzbar sein.[421])

Wir halten die herrschende Anschauung für richtig: Es ist einmal nicht zutreffend, daß bei einer Erfassung des Art. 924 III ZGB, wie sie Beetschen vorschlägt, der in Art. 259 I OR zum Ausdruck

[418]) Vgl. zum ganzen Wieland zu Art. 924 ZGB 2a.

[419]) Vgl. die bei Beetschen S. 56 zitierten; dort findet sich auch ein Hinweis darauf, daß in der Beratung für das schweizerische ZGB von den eidg. Räten eine gegenteilige Ansicht vertreten wurde.

[420]) S. 55 ff. Vor ihm hat insbesondere schon Zycha, Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis in der Z. f. schw. Recht N.F. 22 S. 74 gegen die derzeit herrschende Lehre Stellung genommen.

[421]) S. 57.

kommende Grundsatz nicht durchbrochen wird.. Ermächtigt man den Mobiliarmieter, die Herausgabe der veräußerten Mietsache gegenüber dem Erwerber zu verweigern, so räumt man ihm im Ergebnis eine bessere Rechtsstellung ein als einem Immobiliarmieter, dem nach Veräußerung des Grundstücks vom Erwerber gekündigt wird. Dieser hat gegen den Erwerber auch keinen Anspruch auf Fortsetzung des Mietvertrages, sondern lediglich das Recht, in der Miete belassen zu werden und zwar nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Hingegen würde der Mobiliarmieter, wenn man die Anwendung des Art. 924 III überhaupt bejahen wollte, sich auf diese Bestimmung für die gesamte Vertragsdauer berufen können. Diese Folge kann nicht der Sinn des Gesetzes sein, da Art. 259 II OR gegenüber Art. 259 I OR sichtbar schon als Milderung gedacht ist.

Es ist sodann nicht richtig, wenn Beetschen annimmt, der obligatorische Charakter des Mietrechtes werde durch eine Anwendung des Art. 924 III ZGB zugunsten des Mieters überhaupt nicht berührt. Es ist oben (S. 81) erwähnt worden, daß das obligatorische Besitzrecht des Mieters rechtgrundsätzlich nicht geeignet ist, dem Herausgabeanspruch des Erwerbers entgegengesetzt zu werden: Es „versteht sich von selbst", [422]) daß dies möglich ist, sofern der Vindikationskläger zugleich der Vertragsverpflichtete ist; in diesem Fall muß der Besitzer (Mieter) der Vindikation entgehen, wennanders nicht die Realerfüllung von vornherein als unerzwingbar erscheinen soll. Gegenüber dem Vindikationskläger, der nicht zugleich Vertragsverpflichteter ist, kann das Besitzrecht aber nur wirken, wenn es dinglicher Natur ist. Ein Abgehen von dieser Regel ist von zu einschneidender Natur, als daß es ohne besonderen Hinweis im Gesetz (vgl. „Ausnahmevorschrift" [423]) des § 986 II dBGB) befürwortet werden könnte.

Eine andere Frage ist es, ob dem Mobiliarmieter nach schweizerischem Recht für seine aus dem Vertragsbruch folgende Schadensersatzforderung gegenüber dem Veräußerer ein Retentionsrecht gem. § 895 ZGB auch gegenüber dem Erwerber zuzuerkennen ist. Die (im allgemeinen befürwortete) [424]) Bejahung dieser Frage führt indirekt zu einer Anwendung des Art. 924 III zugunsten des Mieters, da im schweizerischen Recht dem Retentionsrecht dinglicher Charakter innewohnt. Es erübrigt sich indessen, näher auf diese Frage einzugehen, da auf diese Weise in jedem Falle nicht das geschaffen wird, was man als typische Schutzwirkung ansprechen kann. [425]) Das Retentionsrecht mag unter Umständen eine sofortige Austrei-

[422]) Martin Wolff, S.R. § 84, IV 1a.
[423]) Wolff ebenda.
[424]) Beetschen S. 56.
[425]) Siehe dazu auch Périer p. 101.

bung vereiteln, im übrigen ist es aber nicht darauf zugeschnitten, die Realerfüllung, sondern die Schadensersatzforderung zu gewährleisten.

II) Im französischen Recht berührt dieser Abschnitt die außerordentlich umstrittene Frage, ob und wieweit bewegliche Sachen überhaupt vindiziert werden können. Sicher ist lediglich, daß der Erwerber auch ohne Übergabe der Sache Eigentümer wird; fraglich bleibt aber, ob er, ohne an den Ablauf des Mietvertrages gebunden zu sein, vom Mieter Herausgabe verlangen kann. Der C. c. enthält bekanntlich keine Regeln über die Vindikation, diese wird aber für Immobilien uneingeschränkt, für Mobilien im Rahmen und nach Maßgabe des berühmten Art. 2279 C. c. anerkannt. Letztere Bestimmung ("en fait de meubles la possesion vaut titre") ist heute ihrer geschichtlichen Herkunft nach klar, hinsichtlich der ihr innewohnenden juristischen Tragweite aber noch stark umstritten und unzureichend umgrenzt.[426]) Eine Würdigung der damit zusammenhängenden Streitfragen muß an dieser Stelle unterbleiben, da sie nur in Form grundlegender Darstellung zweckvoll sein, als solche aber den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten würde. Hingegen ist — im Zusammenhange mit der Veräußerung beweglicher vermieteter Sachen — dem Ergebnis nach folgendes festzuhalten: Im Gegensatz zu älteren Auffassungen[427]) wird heute in der Rechtslehre dem Erwerber vermieteter Sachen ein Vindikationsrecht (revendication)[428]) häufig zugesprochen; der Mieter muß demnach die veräußerte bewegliche Sache herausgeben (im besonderen kann er sich nicht auf den Art. 1743 C. c. beziehen, da dieser schon seiner systematischen Stellung nach nur für unbewegliche Sachen gilt).[429]) Dies geschieht wohl im Anschluß an die heute herrschende Doktrin, die die Vindikation auf Grund von Art. 2279 S. 1 C. c. grundsätzlich für möglich hält, sie nur im Falle gutgläubigen Erwerbes ausschließen will und damit zu erkennen gibt, daß in Art. 2279 S. 2 nicht etwa die beiden einzig möglichen Fälle einer Vindikation überhaupt, sondern Ausnahmen statuiert sein sollen, in de-

---

[426]) Vgl. zum ganzen Locher, Art. Eigentum im Rechtsvergl. Handwörterbuch II S. 772 ff.

[427]) Siehe besonders Dernburg, Abhandlungen (1849) S. 56, 57. Seine Ansicht wird übernommen von Beetschen a. a. O. S. 16, 17. Dieser Anschauung liegt die Vorstellung zugrunde, daß eine Vindikationsklage für bewegliche Sachen (Ausnahme Art. 2279 S. 2) nicht existiert. Siehe auch Zach.-Crome I § 122.

[428]) Diesen Ausdruck gebraucht der C. c. nur gelegentlich und nicht immer im technischen Sinne. Locher a. a. O.

[429]) (Baudry-Lac.)-Wahl n° 1274; Valéry p. 85; Périer p. 101. Die Mehrzahl der Schriftsteller berührt diese Frage überhaupt nicht, weder im Zusammenhang mit Art. 1743 noch mit Art. 2279 C. c.

nen auch bei Vorliegen gutgläubigen Erwerbes vindiziert werden kann.[430])

Diese Interpretation wird grundsätzlich anzuerkennen sein; trotzdem bleibt unklar, ob auch im Falle der Veräußerung beweglicher vermieteter Sachen alle Voraussetzungen erfüllt sind, die für die Vindikation erfordert werden. Dieses Bedenken besteht insbesondere deshalb, weil nach der Interpretation der Vindikationskläger sich zur Zeit der Geltendmachung seines Anspruches (schon) im Besitze befinden muß,[431]) und ob dies hinsichtlich des Erwerbers bei noch ausstehender Übergabe zutrifft, ist doch sehr zweifelhaft.[432]) Die Möglichkeit einer ohne Mitwirkung des Mieters vor sich gehenden Besitzanweisung zugunsten des Erwerbers wird in der Rechtslehre kaum erwogen; der Art. 1606 Abs. I, S. 2, Satzteil 3 umfaßt aber nach unserem Dafürhalten diese Möglichkeit nicht.[433]) Keine Bedenken bestehen hingegen insoweit, als sich der Mieter gegenüber dem Erwerber nicht auf Art. 2279 C. c. berufen kann, da ihm nicht juristischer Besitz (possession) zusteht, er vielmehr nur (détenteur précaire" ist und als solcher den Schutz dieser Bestimmungen nicht genießen kann.[434])

Trotz der zuvor erwähnten Bedenken wird man die Anschauung der herrschenden Doktrin zugrunde zu legen haben.[435])

Ergänzend ist noch folgendes zu erwähnen: Valéry will unter Berufung darauf, daß heute auch der Mobiliarmieter schutzbedürftig sei, zu dessen Gunsten ein Retentionsrecht annehmen.[436]) Abgesehen davon, daß es nach französischem Recht nicht sicher ist, ob ein Retentionsrecht in so weiter Fassung gegeben ist — Bedenken bestehen wegen der Fälligkeit der Forderung[437]) und wegen der Frage der Wirkung gegen Dritte,[438]) — gilt für diese Lösung der gleiche

---

[430]) Locher a. vorzit. Orte. Siehe auch Planiol I n° 2474 s.; 2476 s.; 2482 s. und Colin-Cap I n° 890 p. 943, 944; n° 900 p. 953, 954; bei letzterem auch eine Würdigung der Judikatur.

[431]) Planiol I n° 2479.

[432]) Vgl. hierzu allein auch Planiol-Ripert; t. X n° 732 p. 922, 923.

[433]) Die Abtretung des obligatorischen Rückgabeanspruches an den Erwerber kann nicht die Grundlage für eine Vindikation bilden. Zudem wäre die darauf gerichtete Klage unbegründet. Insoweit richtig Dernburg a. a. O.

[434]) A. A. noch Zachariae-Crome I § 122 Anm. 2. Von den neueren Schriftstellern vgl. Planiol I n. 2476. Darüber, daß es sich im Streitfall um eine Beweisfrage handelt, s. Colin-Cap. I p. 954.

Der Vermieter selbst kann während der Vertragszeit die Sache nicht herausverlangen. Seine Vindikation ist erst berechtigt, wenn es auch die Kontraktsklage ist. Diese Struktur ähnelt also dem deutschen Recht, nur fehlt es an einer Ausnahme, wie sie § 986 Abs. 2 d. BGB. zuläßt.

[435]) Sh. auch Planiol-Ripert am vorz. Orte.

[436]) Valéry p. 83 s.

[437]) (Baudry-Lac.)-Wahl n. 1275.

[438]) (Baudry-Lac.)-Wahl ebenda; siehe ferner Col.-Cap. I p. 776 s.

Einwand, der bereits für das schweizerische Recht gemacht wurde: sie stellt sich nicht als typische Schutzwirkung dar, sondern sichert vor allem die Schadensersatzforderung, nicht hingegen die Realerfüllung.

Périer befürwortet, von den Erwägungen Valerys ausgehend, eine unmittelbare Anwendung des Art. 1743 auch für die Miete beweglicher Sachen.[439]) Die Rechtslehre ist dieser Anschauung angesichts der eindeutigen systematischen Stellung dieser Bestimmung mit Recht nicht gefolgt. De lege ferenda liegt es auch näher, den Schutz des Mobiliarmieters auf andere Weise, nämlich so zu erstreben, daß diesem (als Besitzer) das Recht zuerkannt wird, auch der Vindikationsklage des Erwerbers mit der Einwendung des Rechtes zum Besitze begegnen zu können.[440])

---

[439]) Périer p. 101 s.
[440]) Planiol-Ripert, t. X n° 732 p. 923.

Lebenslauf.

Ich, Hans Heinrich Blum, evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehörigkeit, wurde am 1. Oktober 1905 zu Zweibrücken (Pfalz) geboren.

Nach dem Besuche der Volksschule in Jöhstadt (Erzgebirge), der Bürger- und der Oberrealschule in Meerane (Sachsen), des Reformrealgymnasiums in Stuttgart und der Treitschkeschule in Berlin-Wilmersdorf bestand ich im März 1925 die Reifeprüfung. Im Sommersemester 1925 studierte ich in Freiburg, in der Zeit von Oktober 1925 bis Juli 1930 in Berlin die Rechts- und Staatswissenschaften. Am 31. Oktober 1930 bestand ich am Kammergericht zu Berlin die erste juristische Staatsprüfung. Meine Ernennung zum Referendar erfolgte am 28. November 1930. Seit Anfang Dezember 1930 bin ich, mit zeitweiligen Unterbrechungen, im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt; zur Zeit bin ich dem Amtsgericht Berlin-Schöneberg zur Ausbildung überwiesen.

Berlin, im Juli 1933.